

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ
HÉCTOR ILLUECA BALLESTER

EL HURACÁN NEOLIBERAL

Una reforma laboral contra el Trabajo



*A las personas que pasaron su vida luchando
por los derechos de trabajadores de toda clase*

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ
HÉCTOR ILLUECA BALLESTER

El huracán neoliberal:
Una reforma laboral contra el Trabajo

sequitur

sequitur [sic: *sékwitur*]:
Tercera persona del presente indicativo del verbo latino *sequor*:
procede, prosigue, resulta, sigue.
Inferencia que se deduce de las premisas:
secuencia conforme, movimiento acorde, dinámica en cauce.

© Fundación CEPS

© Ediciones sequitur, Madrid 2012
www.sequitur.es

ISBN: 978-84-95363-20-6
Depósito legal: M-5758-2012

Impreso en España

Índice

Prólogo	5
Nota preliminar	9
I. DERECHO DEL TRABAJO Y CRISIS ECONÓMICA	13
1. Buscando la justificación el Derecho del Trabajo	13
2. La extraña pareja: crisis económica y derecho capitalista del trabajo	17
3. Del derecho capitalista del trabajo al derecho neoliberal del empleo	27
II. NORMAS LABORALES E INVOLUCIÓN SOCIAL: EL ESTADO DE REFORMA PERMANENTE	37
1. La conformación del derecho capitalista del trabajo	38
2. La "constitución del trabajo": líneas rojas y mínimos necesarios	53
3. La involución social a través de la reforma permanente	87
3.1. Los ejes del debate, 59	
3.1.1. <i>La estabilidad en el empleo</i> , 59	
3.1.2. <i>La flexibilidad</i> , 62	
3.1.3. <i>La flexiseguridad</i> , 66	
3.1.4. <i>La precariedad</i> , 69	
3.2. El preludio de las reformas: un Estatuto de los Trabajadores nacido en la crisis económica	70
3.3. Fase primera: la temporalidad como estrategia normativa	72
3.4. Fase segunda: la flexibilidad como estrategia normativa	74
3.5. Fase tercera: la inestabilidad como estrategia normativa	82
3.5.1. <i>La inestabilidad a través de la facilitación del despido</i> , 85	
3.5.2. <i>La inestabilidad por la vía de precarizar al precario</i> , 89	
4. Y todo esto ¿para qué?	90

III. EL FIN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL NACIMIENTO DEL DERECHO DEL EMPRENDEDOR: LA REFORMA LABORAL DE 2012	95
1. Una reforma al servicio de la devaluación salarial	97
1.1. El descuelgue laboral tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012	99
1.1.1. <i>Materias susceptibles de descuelgue</i> , 102	
1.1.2. <i>Principio de causalidad</i> , 103	
1.1.3. <i>Contenido y eficacia del acuerdo de descuelgue</i> , 105	
1.1.4. <i>Procedimiento de descuelgue</i> , 107	
1.2. Reestructuración de la negociación colectiva: prioridad aplicativa de los convenios de empresa	115
1.3. Hacia un ajuste permanente: limitación temporal de la ultraactividad del convenio	121
1.4. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012	124
1.4.1. <i>Condiciones de trabajo que pueden ser modificadas sustancialmente</i> , 125	
1.4.2. <i>Principio de causalidad</i> , 127	
1.4.3. <i>Modificaciones posibles: individuales y colectivas</i> , 129	
1.5. La puerta abierta al <i>race to the bottom</i> : ¿de mal en peor hasta llegar a dónde?	134
2. Del derecho al trabajo a la libertad para trabajar: la pérdida del derecho a un trabajo estable y de calidad	136
2.1. El final del principio de estabilidad en el empleo: la banalización del despido	140
2.1.1. <i>La facilitación del despido: descausalización y límites al control de la acción del empresario</i> , 145	
2.1.2. <i>La reforma abarata el despido: la reducción de la indemnización y la eliminación de los salarios de tramitación</i> , 161	
2.1.3. <i>La reforma instauro el despido libre: el contrato "indefinido" para emprendedores</i> , 166	
3. La precarización de los precarios	175
3.1. El contrato para la formación y aprendizaje o el paradigma del contrato basura	178
3.2. El contrato de trabajo a tiempo parcial complementado con horas extraordinarias	182
IV. CONCLUSIONES: COMBATIENDO LA INVOLUCIÓN SOCIAL	185
Bibliografía	189

Prólogo

La batalla para recuperar la lucha

Vivimos tiempos convulsos con perspectivas de empeoramiento continuado. Quien no pueda entender esto es que no ha comprendido aún cómo se ha transformado en tres o cuatro años ese mundo de bienestar y ciertas seguridades precarias en el que vivía. Si ese es su caso me atrevo aconsejarle que trate de hacerlo cuanto antes para que cuando la ola llegue, primero en forma de Presupuestos Generales del Estado y, posteriormente, como políticas de continuidad y profundización en la austeridad, no se encuentre perdido en un mundo que ha dejado de entender y carente de argumentos para enfrentar las luchas de resistencia que se nos vienen y en las que, necesariamente, muchos deberemos compartir trincheras.

Puede que no hayamos aprendido nada del pasado; puede que quienes contamos que todo esto ya ocurrió durante la década de los noventa en América Latina (mismas políticas, mismos actores y mismos resultados) seamos sistemáticamente silenciados y se nos trate de rebatir diciendo que eran otros tiempos y otras sociedades, mucho menos avanzadas que las nuestras y que, por lo tanto, aquí no puede suceder. Y si entonces respondemos con lo que está ocurriendo en Grecia se instala un silencio incómodo y, aunque ahora sí sean los mismos tiempos y similares sociedades, se nos trata de rebatir argumentando que tampoco es el caso; que los griegos no son como nosotros; que son mucho más corruptos, despilfarradores, juerguistas, mentirosos.

No haber aprendido nada del pasado puede ser doloroso; no hacerlo del presente es suicida. Y parece que esa es la senda

por la que transitamos. Como los lemmings, esos roedores de las praderas árticas de los que se dice que se suicidan en masa arrojándose al mar, estamos al borde del abismo y ante un dilema: o reaccionamos y rompemos esa tendencia hacia el suicidio como mecanismo de regulación social hacia la que nos quieren inducir (cuantos menos seamos a más migajas cabremos) o seremos sacrificados en aras de la salud de los mercados, del equilibrio presupuestario y de las cuentas de resultados de los bancos. Fines todos ellos de lo más excelso, como pueden imaginar.

Y cuando explícitamente introduzco en la reflexión alusiones a temas tan lúgubres como la muerte no lo hago gratuitamente ni por una tendencia congénita como economista hacia la misma (como muchos de ustedes sabrán, Carlyle ya hablaba en 1849 de la economía como una ciencia lúgubre y desde entonces poco la hemos alegrado); lo hago porque en esta misma semana hemos conocido, por ejemplo, que el impacto sobre la sanidad pública de los programas de austeridad contra la crisis han incrementado la tasa de mortalidad en Portugal o que la esperanza media de vida de la generación actual en Grecia se verá reducida en dos años precisamente por las mismas circunstancias.

Deténgase ahora y trate de responder a alguna de estas preguntas: ¿son tan distintos los portugueses y los griegos de los españoles? ¿Qué ocurre allí que aquí no pueda ocurrir? ¿Por qué han sido rescatados? ¿Y quién le dice a usted que aquí no puede llegar ese momento? ¿Cree que se pasó de la confirmación de la existencia de una crisis al rescate sin un periodo transitorio previo durante el que cada nueva medida de ajuste implicaba un empujoncito más hacia el abismo a pesar de que se anunciaba como una medida para tratar de evitarlo? ¿Por qué las medidas de austeridad, diseñadas para evitar el rescate, acabaron en rescate? ¿Por qué el rescate desemboca en otro rescate (el segundo ya aprobado en Grecia y en el aire para Portugal)? ¿Hay vida después del segundo rescate o será necesario un tercero? Y, ¿cuándo pararán los rescates? ¿Cuántos derechos sociales, proyectos de vidas frustrados y sangre en las

calles será necesario sacrificar para que toda esta violencia estructural contra la mayor parte de la población se detenga?

El libro que tiene en sus manos no da respuesta a todas esas preguntas, pero sí lo hace a una fundamental, probablemente a la más importante, porque en torno a ella se articulan todas las demás. Si por algo es necesario este libro en estos momentos es porque da muchas claves para poder responder a esa gran cuestión que ha sido hurtada al debate contemporáneo sobre el estado de las relaciones económicas y sociales en nuestras sociedades en crisis. Cuál es esa cuestión, puede que se estén preguntando en estos momentos. Esa cuestión no es otra que la que se plantea en torno al estado en el que se encuentra la lucha de clases entre capital y trabajo en estos momentos.

Y la enfrenta abordándola desde el análisis del principal campo de batalla en el que esa lucha de clases se da: el de las relaciones laborales y las formas mediante las que el trabajo ha conseguido arrancar al capital mecanismos de protección que permitieran tratarlo de forma diferente a una mera mercancía que se compra y se vende en los mercados.

La ilusión de que la lucha de clases ha desaparecido y es una batalla obsoleta sólo se la han hecho creer a las clases trabajadoras; el capital siempre ha tenido clara su persistencia. Así lo enunciaba sin ningún pudor en una declaración pública uno de sus prohombres, el multimillonario Warren Buffet, cuando a la pregunta de si creía que la lucha de clases era ya un concepto obsoleto e inútil, respondía que evidentemente no, que la lucha de clases se mantenía, sólo que ahora la estaba ganando la suya.

Pues bien, de eso, precisamente de eso, trata el libro que usted está a punto de comenzar a leer: de cómo en España, mientras los trabajadores creíamos que estábamos dando un salto hacia la modernidad, dejando atrás nuestra condición de clase trabajadora para integrarnos en la mucho más posmoderna clase media, los mecanismos de erosión de las armas de combate de los trabajadores iban siendo aplicados de forma silente a golpe de reformas laborales sucesivas hasta llegar hasta esta última en la que se nos acaba por dar la puntilla.

Y así hemos llegado al peor de los mundos posibles: desideologizados y desclasados, desarmados y endeudados, vemos como ese espejismo de la clase media se desvanece ante nuestros ojos y la movilidad vertical descendente, como principal producto de los mecanismos institucionales y mercantiles de empobrecimiento de los trabajadores aplicados tanto en tiempos de crisis como de bonanza, se convierte en la dinámica social dominante.

Se impone, pues, una recuperación de la identidad de clase que requiere, como paso previo necesario, de la comprensión de cómo nos han arrastrado hasta aquí. De eso, sobre todo, trata este libro.

Creo que a sus autores, miembros de la Fundación CEPS y militantes de múltiples luchas sociales actuales, no podremos agradecerle suficientemente el esfuerzo que han hecho para ayudar a rearmarnos frente a la larga batalla por recuperar la capacidad de lucha que nos queda por delante. Les dejo con ellos.

Alberto Montero Soler
presidente de la Fundación CEPS

Nota preliminar

Si había un momento en el que era necesario cuestionar lo establecido, reflexionar sobre la necesidad de una nueva concepción del Derecho del Trabajo, así como divulgar un análisis ideológico del mismo, ese momento ha llegado. Y no es algo extraño, de nuevo la historia nos da la razón, en la propias raíces históricas del Derecho del Trabajo se encuentra "la propensión de desafiar lo existente" y de inventar figuras regulativas ignoradas por el ordenamiento vigente o de buscar nuevas vías de acción para visibilizar y defender el interés colectivo de los trabajadores subordinados.

Y la ocasión ha llegado porque si había un motivo para que los juristas que se dedican a la enseñanza o aplicación del Derecho del Trabajo se indignaran y reaccionaran, ese momento es, sin duda, la reforma laboral de 2012 impuesta por el gobierno del Partido Popular mediante el Real Decreto Ley 3/2012.

Ante el alcance de la destrucción de las bases del Derecho del Trabajo, en el plano tanto individual como colectivo, no caben ya, ni los estudios pretendidamente neutrales, ni los comentarios parapetados en la vis técnica, ni por supuesto, la conformación con las imposiciones de la estructura económica, tras la barrera de la supuesta ausencia de contenido político del Derecho del Trabajo. Todo lo contrario, es el momento de plantearse la necesidad de desenmascarar las estrategias jurídicas neoliberales que han arrumbado la función más tradicional del Derecho del Trabajo, la búsqueda del equilibrio que permitiera el pacto entre capital y trabajo, advirtiendo de sus consecuencias.

Somos conscientes de que las posiciones defendidas en este trabajo no son compartidas por la mayor parte de la doctrina, cada vez más inclinada a aceptar y defender la flexibilización y desregulación de las relaciones laborales. Asimismo, no es ningún secreto que esta idea ha penetrado profundamente en la academia económica, extendiendo la errónea percepción de que la normativa laboral constituye un obstáculo que impide un eficiente funcionamiento del mercado de trabajo. Con demasiada frecuencia se considera que la fuerza de trabajo no se diferencia de los restantes factores de producción y, en consecuencia, debe recibir el mismo tratamiento que cualquier otra mercancía, reduciendo al máximo los costes representados por el salario para incrementar la competitividad y los beneficios de las empresas.

Hace algunos años, un importante economista norteamericano llamado Robert Solow empezó una conferencia disculpándose ante el auditorio por dedicar demasiado tiempo a refutar lo equivocado de este planteamiento, señalando que "entre los economistas no es en absoluto obvio que el trabajo sea una mercancía suficientemente diferente de las alcachofas o de los apartamentos de alquiler como para requerir un modo de análisis diferente".

En este contexto intelectual, no parece ocioso insistir en que las relaciones laborales constituyen y conforman vínculos sociales que despliegan sus efectos en diversos ámbitos, entre los que destaca la ordenación del tiempo de trabajo y del salario, o la extinción del contrato de trabajo, comúnmente conocida como despido. Estos aspectos son suficientemente representativos de la trascendencia social, económica y política de las relaciones laborales, que requieren un enfoque humanista y no economicista orientado hacia el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo de la población trabajadora.

Como cualquier otra relación social, el contrato de trabajo se encuentra sometido a un amplio conjunto de normas, algunas explícitas e incorporadas a la legislación laboral y otras implícitas desde el punto de vista jurídico, pero no menos

vigentes en las relaciones entre empresarios y trabajadores. En el fondo, la cuestión no es si deberían existir normas que regulen el comportamiento de las partes en la relación contractual, sino en qué medida la intervención legislativa debe limitar y corregir determinadas normas sociales para tutelar aquellos bienes que se estiman merecedores de protección. O, para ser más exactos, el debate que desde hace algunas décadas atraviesa el Derecho del Trabajo consiste en determinar si el legislador ha de intervenir en la fijación de las condiciones de trabajo o si éstas deben ser unilateralmente impuestas por el empresario, pues ésta y no otra es la consecuencia de la retirada del legislador en un marco desigual y desequilibrado como es la relación de trabajo.

Por tanto, es del todo necesario tomar posición por la defensa de unos intereses de clase determinados, y trasladar la lucha de clases al Derecho y al análisis jurídico. En definitiva, debemos recuperar el enfoque del trabajo como una dimensión de la vida y no como una mercancía, teniendo en cuenta que la regulación del trabajo no es una herramienta jurídica aséptica, sino que se proyecta sobre la situación social de los trabajadores, en términos plenamente políticos, configurando su estatus de ciudadanía.

Con el ánimo de continuar ese camino, ya comenzado por grandes juristas, hemos escrito estas páginas.

Valencia, 21 de marzo de 2012

Adoración Guamán¹ y Héctor Illueca²

1. Profesora titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universitat de València. Doctora en Derecho por las Universidades de Valencia y Paris X-Nanterre y miembro de la Fundación CEPS.
2. Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Doctor en Derecho por la Universitat de València y miembro de la Fundación CEPS.

Agradecimientos

El presente libro no habría sido posible sin la confluencia de muchas manos amigas, numerosos espacios compartidos y un conjunto de sinergias que nos han animado, corregido, sugerido y empujado hacia este proyecto y que no pueden dejar de reconocerse. El agradecimiento inicial va dirigido a los maestros, a los iuslaboralistas que nos han visto crecer y nos han orientado pacientemente, aun con divergencias en los posicionamientos, hacia el estudio y el análisis crítico del Derecho del Trabajo. Su influencia, la de Juan Manuel Ramírez, José María Goerlich, Antonio Baylos y Fernando Valdés, está presente a lo largo de toda la obra. Pero nada de lo aprendido con años de estudio habría acabado en este libro si su contenido no se hubiera discutido y meditado en las calles, en las Plazas y asambleas. Han sido meses de discusión, en el marco de jornadas y seminarios organizados por colectivos, movimientos sociales y entidades, que han dado soporte a la generación de pensamiento crítico y de alternativas, como son la Fundación CEPS, la FIM, ATTAC, la Asociación Socialismo 21, el Seminario de Estudios Críticos, la Academia de Pensamiento Crítico, EUPV, el PCPV, las asambleas de barrio del 15M y por supuesto los sindicatos, entre muchos otros. A todas las personas y organizaciones que han colaborado en la discusión colectiva, analizando y cuestionando el orden laboral establecido, a todos los que convivimos en las Plazas y compartimos la rebeldía diaria se dedica este pequeño libro. Por último, los autores queremos expresar nuestro agradecimiento a los que nos han acompañado y apoyado durante la redacción de estas páginas, muy en especial a Manoli, Marco, Adoración y Albert.

I

Derecho del trabajo y crisis económica

El Derecho del Trabajo es, ante todo, una *categoría histórica* que surge y se desarrolla en el modo de producción capitalista. Desde este punto de vista, sus orígenes son eminentemente funcionales al sistema económico vigente en un sentido muy concreto: pretende regular las condiciones de explotación de los trabajadores y garantizar la reproducción y el mantenimiento de las relaciones capitalistas de producción. No obstante, siendo éste su origen primigenio, debe reconocerse que el Derecho del Trabajo es también el resultado de una transacción histórica, una especie de armisticio entre capital y trabajo conseguido en buena medida a través de las luchas de la clase obrera. Es fundamental, para valorar la actual relación entre crisis económica y derecho del trabajo, conocer las razones de la historia de este conjunto normativo.

1. BUSCANDO LA JUSTIFICACIÓN: EL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del Trabajo cumple a la perfección con la doble función que el derecho tiene en las sociedades modernas (Martín Valverde, 1978): la función política, como instrumento de control social en manos del Estado que responde a la orientación clasista del mismo, "procurando la perpetuación de las situaciones hegemónicas en el seno de la sociedad, y operando, llegado el caso, los necesarios reajustes que traduzcan los avances (o retrocesos) de los grupos sociales en una posición subordinada", y la función ideológica que acompaña a la ante-

rior, difuminando o dificultando la apreciación de la situación de desigualdad consagrada mediante la opción política tomada por las clases dominantes (la "niebla ideológica").

Así, el contenido del derecho significaría siempre una opción política, la primacía de uno de los intereses contrapuestos, mientras que la forma jurídica permitiría el juego de su función ideológica de contribución al consenso social "que explica, en suma, la mayor tolerancia o aceptabilidad de la dominación económica o política cuando se ejercitan por mediación del instrumento jurídico en lugar de por procedimientos directamente coactivos".

Evidentemente, tanto la función política como la ideológica están presentes en el derecho del trabajo, teniendo la segunda una intensidad cualificada, que a la postre consigue la legitimación del sistema capitalista y la consecución del mantenimiento del mismo (Jeammaud, 2005).

En efecto, el derecho del trabajo ha venido cumpliendo una función fundamental como es el mantenimiento del *status quo* social, para salvaguardar el sistema de explotación de la fuerza de trabajo, manteniéndola en los límites de lo soportable o colocando contrafuegos a la contestación anticapitalista y a la reivindicación sindical (Jeammaud, 2008) Para ello, esta rama del ordenamiento jurídico ha debido integrar los intereses de los trabajadores, faceta protectora, en el orden capitalista, limitando sólo en cierta medida, faceta transaccional, la explotación de la fuerza de trabajo

Así, el derecho del trabajo no es otra cosa que el fruto de un compromiso entre las fuerzas sociales antagónicas con un objetivo claro, como es la garantía del sistema capitalista. Fruto de ese compromiso, que sirve de fundamento para la construcción teórica del Derecho del Trabajo, es la ya ajada afirmación de que "el trabajo no es una mercancía", solemnemente reconocida en la Declaración de Filadelfia de 1944 sobre los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.

Más de medio siglo después de aquella Declaración su contenido se encuentra gravemente en entredicho. En efecto, en la

actual coyuntura histórica asistimos a un cuestionamiento permanente de las principales instituciones laborales surgidas de ese pacto originario y orientadas a la protección a los trabajadores, utilizando como pretexto las pretendidas necesidades de una situación marcada por la grave crisis económica que azota nuestro país. En verdad, no puede afirmarse que estemos ante un fenómeno novedoso porque la añeja e intrincada relación entre la crisis económica y el Derecho del Trabajo ha sido un vector fundamental en la evolución de nuestra disciplina (Casas Baamonde, 1984), lo que permite explicar que los análisis realizados en la década de los ochenta del pasado siglo, e incluso durante los años treinta, sean pertinentes y adecuados para comprender el momento que atraviesa nuestra legislación laboral.

En efecto, el *iter* discursivo del análisis de la situación del Derecho del Trabajo durante la crisis económica que marcó la década de los ochenta podría traerse a colación en la actualidad sin demasiados problemas. Recordemos que, hace casi tres décadas, ya se denunciaba la retórica que imputa a nuestra disciplina la responsabilidad de la crisis económica, al menos en régimen de coautoría. La manida acusación de rigidez de la legislación laboral se esgrimía junto a la necesidad de aumentar la "adaptabilidad" y "flexibilidad" de los trabajadores, en términos muy similares a los que hemos visto recientemente con motivo de la reforma laboral aprobada por el Gobierno en febrero de 2012. Por tanto, iniciada la segunda década del siglo XXI, parece que permanece invariable la tendencia detectada tan tempranamente por la doctrina iuslaboralista: "son los principios básicos de la sociedad –y el sistema laboral como resultado– los que han de acoplarse al hecho económico de la crisis; los valores de la sociedad económica fijan, por sí solos, los objetivos de la acción social" (Aparicio y Baylos, 1984).

Como correlato de este planteamiento, históricamente se ha venido exigiendo al Derecho del Trabajo la articulación de soluciones y respuestas a la crisis económica, modificando o suprimiendo sus principios rectores ante una situación de

emergencia que se considera incompatible con determinadas normas protectoras del trabajo por cuenta ajena. De este modo, la crisis económica se convirtió en un pretexto recurrente para eliminar cualquier control que dificultara o impidiera la adaptación de las empresas a las circunstancias del mercado, culpabilizando al ordenamiento jurídico, y en particular al Derecho del Trabajo, del agravamiento de la situación económica general. No es ningún secreto que, en los meses anteriores a la aprobación de la última reforma legislativa, se ha responsabilizado nuevamente a nuestro sistema laboral de provocar un proceso de destrucción de empleo superior al experimentado en otros países de nuestro entorno, así como de mantener una rigidez excesiva que impedía a las empresas responder adecuadamente a las cambiantes exigencias del mercado.

Muy pronto se alzaron voces críticas que advertían de los riesgos asociados a este "Derecho del Trabajo de la emergencia", surgido como respuesta a la crisis económica y cuya permanencia en el tiempo se preveía meramente transitoria. A mediados de los ochenta, ya habían voces que sospechaban fundadamente que los argumentos orientados hacia un envilecimiento del Derecho del Trabajo ocultaban, en realidad, "una fácil salida a las dificultades del sistema capitalista de producción, saldados, con otras tácticas, en el sentido de siempre, lo que llevaría a poner sobre los hombros de los más débiles la carga más pesada" (De la Villa, 1984). En aquel momento, todavía bajo los efectos de la crisis iniciada en la década anterior, ya se intuía que el pertinaz retroceso del carácter protector del ordenamiento laboral podía suponer el fin de la configuración tradicional del Derecho del Trabajo, convirtiendo una legislación originariamente protectora del trabajador en un instrumento legitimador de la consideración del trabajo como una mercancía cualquiera. La reforma laboral de 2012 ha confirmado los peores augurios, alumbrando un sistema normativo plenamente sometido a las exigencias del mercado y prácticamente despojado de su carácter antropocéntrico.

2. LA EXTRAÑA PAREJA:

CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO CAPITALISTA DEL TRABAJO

Pero no adelantemos acontecimientos. La crisis económica desatada en 1973 justificó un importante retroceso en la protección legal de los trabajadores, acometido legislativamente mediante diversas fórmulas: el abaratamiento del despido, la contratación temporal no causal o la desregulación de numerosas condiciones de trabajo... A finales de los setenta y principios de los ochenta se acuñó la expresión "Derecho del Trabajo de la crisis" para designar este conjunto de medidas enderezadas, supuestamente, a luchar contra el paro generado por la recesión. Los sindicatos aceptaron la situación, alumbrando un proceso de diálogo denominado "concertación social", caracterizado por la celebración de grandes pactos sociales que autolimitaban las reivindicaciones de la clase obrera. En esta línea, el Acuerdo Marco Interconfederal (1980), el Acuerdo Nacional sobre el Empleo (1981), el Acuerdo Interconfederal (1983) y Acuerdo Económico y Social (1984). La doctrina científica ha acuñado la expresión "negociación concesiva" para referirse a esta nueva etapa del movimiento sindical, que renuncia progresivamente a sus principales reivindicaciones y contribuye a gestionar la reestructuración económica, ofreciendo un respaldo relativamente controlado a los cambios normativos anteriormente enunciados (Ojeda, 2010).

Sin embargo, el paso del tiempo demostró que estas medidas no eran accidentales. La tendencia liberalizadora del ordenamiento laboral se mantuvo durante una larga etapa de crecimiento económico y se ha visto intensificada como consecuencia de la crisis que azota a la economía mundial y muy especialmente a la española. La desregulación del trabajo asalariado vino para quedarse, evidenciando la transformación profunda de nuestra disciplina o, si se quiere, la crisis del Derecho del Trabajo, cuya carga tuitiva se ha visto notablemente aligerada desde aquellas lejanas fechas.

El proceso desregulador ha sido posible merced a la hegemonía de la ideología "neoliberal" y la decadencia paulatina del keynesianismo. En efecto, la obra de John Maynard Keynes asestó un golpe mortal al liberalismo económico dominante hasta la Gran Depresión y alumbró un largo período de prosperidad en todos los países industrializados tras la Segunda Guerra Mundial. La tradición keynesiana propugnaba la intervención del Estado para fomentar el pleno empleo y una distribución más equitativa de la renta a través del sistema fiscal. La legislación laboral atemperaba la explotación de la clase obrera y el Estado de bienestar sufragaba muchas necesidades básicas (sanidad, educación, cultura), otorgando protección y seguridad a la mayoría de la población.

Este orden económico fue posible, en cierta medida, por la existencia de una alternativa plausible al sistema capitalista: la Revolución de Octubre de 1917. El ejemplo soviético anunció que la revolución era posible y condicionó la evolución del pensamiento económico en las décadas siguientes. Algunos autores comprendieron que la reforma del capitalismo y la atenuación de sus crueldades más flagrantes eran necesarias para desactivar los movimientos revolucionarios (Galbraith, 2003). Esta presión se hizo sentir en todos los países capitalistas, que optaron por reducir las asperezas del sistema realizando concesiones a la clase obrera con la finalidad de estabilizar los intereses a largo plazo del conjunto de la clase capitalista. Por decirlo con palabras más sencillas: la existencia de una amenaza creíble proveniente de la izquierda provocó una transformación gradual y progresiva del capitalismo, hasta alcanzar un compromiso aceptable en términos de equidad y protección de los trabajadores.

Este proceso histórico, extraordinariamente complejo y repleto de matices, tiene perfiles propios dependiendo del país o región de que se trate. En Estados Unidos, por ejemplo, el *New Deal* impulsado por el presidente Roosevelt constituyó una estrategia cuidadosamente diseñada para neutralizar al movimiento ciudadano que, en respuesta a la Gran Depresión de 1929, cuestionaba el liderazgo de la clase dominante y sus-

tentadora del sistema. La investigadora canadiense Naomi Klein se ha referido a esto en varios trabajos, recordando oportunamente que en las elecciones presidenciales de 1932, "un millón de norteamericanos votaron a candidatos socialistas o comunistas. También crecía el número de estadounidenses que prestaban especial atención a Huey Long, el populista senador por Luisiana que creía que todos los americanos debían recibir una renta anual garantizada de 2.500 dólares. En su explicación de por qué había añadido más prestaciones sociales al paquete del New Deal en 1935, FDR señaló que pretendía *robarle la primicia a Long*" (Klein, 2007).¹

Lo cierto es que el sistema keynesiano dominó la cultura económica hasta la década de los setenta, supliendo eficazmente el paradigma teórico de la economía clásica. Sin embargo, a finales de los sesenta empezaron a manifestarse los primeros síntomas de agotamiento, expresados en la ralentización del crecimiento y en mayores índices de inflación y desempleo. Los estímulos que impulsaron la expansión económica durante las décadas de 1950 y 1960 se encontraban en declive, provocando un lento descenso de la economía que se prolongaría durante la década siguiente. Baran y Sweezy advirtieron tempranamente que el estado normal del capitalismo era el estancamiento, de modo que la prosperidad económica de la posguerra debía explicarse a partir de la presencia de factores específicos que permitieron un crecimiento sostenido, pero de carácter temporal: entre otros, una segunda ola de automovilización en los Estados Unidos, la reconstrucción de las economías japonesa y europea o la carrera armamentística de la Guerra Fría (Baran y Sweezy, 1966). Cuando se agotaron o debilitaron estos estímu-

1. La vida de Huey Long, no exenta de controversia, inspiró la novela *Todos los hombres del rey*, escrita por Robert Penn Warren y ganadora del premio Pulitzer en 1947. Existe una adaptación cinematográfica de la novela, rodada en 1949 y dirigida por Robert Rossen, que aborda con gran acierto la corrupción dominante en la política norteamericana, convirtiéndola en el eje de una historia que constituye un penetrante y lúcido relato sobre el fascismo latente en los Estados Unidos. La ficha técnica de la película puede consultarse en <http://www.imdb.es/title/tt0041113/>.

los, se hizo patente la realidad del estancamiento y se tambalearon los cimientos de las políticas intervencionistas.

El choque del petróleo arrumbó definitivamente la ortodoxia keynesiana, incapaz de contener la inflación, y favoreció la irrupción del neoliberalismo, que se ajusta a los intereses inmediatos de la clase dominante. Los triunfos electorales de Margaret Thatcher y Ronald Reagan en 1979 y 1980, respectivamente, ejemplificaron la victoria política de la nueva economía. Más tarde, la desaparición de la Unión Soviética y el retroceso consiguiente del marxismo consolidaron su predominio incontrastado, hasta merecer la calificación despectiva de "pensamiento único". En cierta medida, se trata de una evolución predecible y explicable a través de los factores anteriormente mencionados: desaparecida la necesidad de un compromiso con la clase obrera, el capitalismo recuperó su versión más salvaje, violenta y opresiva, destruyendo las conquistas que habían obtenido los trabajadores tras largos años de lucha.

La ausencia de restricciones o controles al capitalismo se convirtió en el dogma más sagrado de la doctrina económica que sería conocida como "neoliberalismo", difundida por Milton Friedman y sus asociados de la Universidad de Chicago. En realidad, se trataba del viejo capitalismo que, una vez despojado del ropaje keynesiano, pretendía erradicar cualquier atisbo de intervencionismo y entregarse abiertamente al proyecto liberal de un mercado autorregulador. Refiriéndose a este proceso, el profesor Galbraith señaló que, "en la historia de la economía, a la era de John Maynard Keynes le sucedió la era de Milton Friedman", principal exponente del proyecto neoliberal (Galbraith, 2003).

Muy sintéticamente, el ideario neoliberal puede reconducirse a dos postulados fundamentales que denotan la impronta ideológica de los economistas clásicos:

- El individualismo y la desigualdad son valores positivos que favorecen la libertad y la vitalidad de la competencia, necesaria para la prosperidad de todos.

– El mercado, elevado a la categoría de dogma, se considera el único instrumento apto para la distribución de los recursos. Los ideólogos neoliberales reaccionan contra el Estado intervencionista y atacan apasionadamente cualquier limitación de los intercambios, denunciada como una amenaza a la libertad política y económica.

Con esta base ideológica, la clase dominante puso en marcha la denominada "política de austeridad", cuya finalidad es elevar la tasa de beneficio del capital.

Para entender el origen de esta tasa de beneficio es necesario retomar el concepto de plusvalía. La plusvalía, fuente de los beneficios capitalistas, se obtiene pagando al trabajador un salario equivalente al valor de la fuerza de trabajo, es decir, al valor de los medios que necesita para subsistir, interpretados ampliamente según el contexto histórico. Así, el trabajador dedica parte de la jornada a producir tales medios (trabajo necesario), mientras las horas trabajadas sobre el umbral de subsistencia (trabajo excedente) acrecen el patrimonio del capitalista en forma de plusvalía. La tasa de explotación es la relación que existe entre el trabajo excedente (p) y el trabajo necesario (v), expresión exacta del grado de explotación de la fuerza de trabajo por el capital:

$$\text{Tasa de explotación} = p/v$$

La inversión de capital, sin embargo, comprende dos factores: salarios y medios de producción. La magnitud que interesa a los capitalistas no es la tasa de explotación, sino la de beneficio, que relaciona la plusvalía con la inversión total, incluyendo fuerza de trabajo (v) y medios de producción (c):

$$\text{Tasa de beneficio} = p/v+c$$

Para maximizar la tasa de beneficio los capitalistas deben incrementar la tasa de explotación aumentando la masa de plusvalía. Para ello, debía incrementar la tasa de explotación reduciendo el valor de reproducción de la fuerza de trabajo, lo que

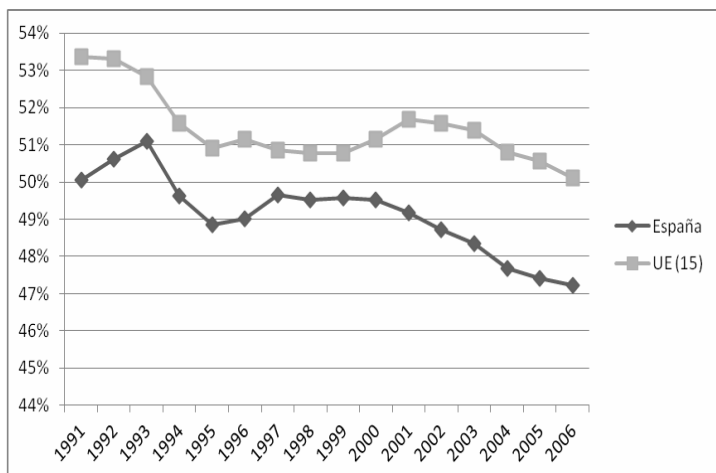
provocó un cuestionamiento permanente de la correlación de fuerzas existente entre las clases fundamentales de la sociedad.

Desde un punto de vista histórico, puede afirmarse con rotundidad que la principal característica de este período es el descenso persistente y generalizado de la participación de los salarios en la renta nacional, lo que supone un aumento en la tasa de explotación. Esta tendencia, más o menos homogénea en todos los países de Europa occidental, revela un resultado sólidamente establecido en datos estadísticos de organismos oficiales, que evidencian el empeoramiento de la posición de los trabajadores en la distribución de la renta.² Por lo demás, y no es en modo alguno lo de menos, esta pauta de reparto no se percibe como una situación de carácter temporal y dependiente del ciclo económico, sino como "un fenómeno de orden estructural que no puede ser reducido a fluctuaciones coyunturales" (Husson, 2009). Una rápida mirada al gráfico adjunto muestra claramente la intensidad de esta transformación:

La causa directa e inmediata de esta tendencia estadística se encuentra en la orientación resueltamente liberal de la estrategia económica adoptada por la clase dominante desde principios de los ochenta, que permitió una reestructuración global de las normas de reparto del excedente económico en detrimento de los trabajadores. Como algún autor ha afirmado, la política de austeridad define un nuevo paradigma de distribución, alumbrando un proceso de "reconfiguración en las relaciones entre capital y trabajo en el reparto del excedente a favor del capital y en contra del trabajo, con el objetivo último de asegurar el mantenimiento en los niveles de rentabilidad" (Sanabria, 2010).

2. Las pruebas de ello pueden encontrarse en la documentación del Fondo Monetario Internacional, *World Economic Outlook*. Washington, FMI, 2007; pp. 166 y ss. La importancia de este proceso en el ámbito europeo ha sido objeto de estudio en diversas investigaciones: entre otras, Banco de España. *Boletín económico*, 2007, julio-agosto, pp. 89 y ss. Sobre la evolución de los salarios en la economía española, vid. Consejo Económico y Social. *Memooria socioeconómica y laboral de España*. Madrid, CES, 2007; pp. 211 y ss.

FIGURA 1: PARTICIPACIÓN DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ASALARIADOS EN EL PIB, 1991-2006 (PORCENTAJES)



Fuente: Elaboración propia con datos de la OCDE

Como veremos a continuación, la síntesis neoclásica resulta de gran interés para nuestra línea de investigación, dado que ha impulsado y protagonizado una auténtica refundación de las bases y estructuras que conforman el sistema laboral, tratando de facilitar a los empresarios una gestión más flexible de la fuerza de trabajo.

No obstante, antes de entrar en materia, parece oportuno ofrecer una sucinta descripción de las complejas circunstancias históricas que permitieron la implementación y difusión de estas políticas de una forma relativamente rápida. En general, puede afirmarse que la política económica neoliberal se concentra en cuatro grandes direcciones que revelan el carácter ideológico de la ofensiva neoconservadora (Albarracín, 1994):

- a) Política macroeconómica orientada hacia la reducción de los salarios, disminuyendo los costes, y la desgravación fiscal de los beneficios, favoreciendo la acumulación capitalista.

- b) Desregulación progresiva de las relaciones laborales, cuya rigidez impide, en el decir de los neoclásicos, el funcionamiento eficiente del mercado de trabajo.
- c) Desmantelamiento del Estado de bienestar privatizando servicios públicos y empresas rentables para reducir el intervencionismo y expandir el mercado.
- d) Estabilidad monetaria, mediante políticas restrictivas enderezadas a disciplinar la producción y el empleo y a frenar la tensión inflacionista característica del keynesianismo.

Estas medidas fueron impuestas en casi todo el mundo por Estados Unidos y otros países a través de dos instituciones auxiliares creadas en la Conferencia de Bretton Woods (1944): el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM). El sistema de Bretón Woods surge de la dialéctica entre las fuerzas vencedoras de la Segunda Guerra Mundial y responde a la voluntad hegemónica de Estados Unidos, que influyó de modo determinante en el desarrollo de la Conferencia. En un principio, se trataba de neutralizar los factores que hicieron posible el surgimiento del fascismo y la crisis general del capitalismo, abriendo las puertas a dicha conflagración militar. El BM prestaría asistencia financiera y asesoramiento a los países en desarrollo con miras a combatir la pobreza y elevar la calidad de vida, correspondiendo al FMI la vigilancia de las políticas económicas de los Estados miembros y el impulso de programas anticrisis para impedir situaciones como la sufrida por Alemania antes de la Segunda Guerra Mundial. Ambas instituciones, financiadas con recursos de los propios países miembros, actuarían de forma coordinada mediante préstamos y subvenciones orientados a la estabilización de las economías.

Pero la distribución del poder en el seno de esos organismos no obedeció a ningún criterio de equidad en la representación de todos los países, sino al tamaño de las economías respectivas en el contexto internacional, lo que en la práctica otorgaba a Estados Unidos un derecho de veto efectivo sobre las decisio-

nes estratégicas de las referidas instituciones (Klein, 2007). Es muy significativo que el propio Keynes, jefe de la misión inglesa en la Conferencia de Bretton Woods, defendiese inútilmente que el acceso a los recursos financieros del sistema fuese un derecho de los Estados miembros y no un privilegio de concesión arbitraria, observando con mucha antelación que las contrapartidas exigidas a los países feudatarios serían un poderoso instrumento de dominación política.

Algunos años después, esta configuración permitió que el gobierno norteamericano dirigido por Ronald Reagan manejara a su antojo dicho sistema institucional, poniéndolo al servicio de la doctrina ultraconservadora que intentaba establecer. El proceso fue tan veloz como fructífero, acuñándose la expresión "consenso de Washington" para designar los programas económicos del FMI que fomentaban la política neoliberal. Lo que antes eran simples recomendaciones que orientaban la gestión de las economías se convirtieron de súbito en exigencias ineludibles para los países que solicitaban el respaldo del sistema. Desde entonces, estos organismos prestan apoyo financiero a los gobiernos que aceptan sus programas económicos, asombrosamente similares entre sí con independencia de las circunstancias específicas de cada país, ya que son elaborados por economistas neoclásicos formados en las principales universidades norteamericanas. El proceso de "globalización liberal" otorga al FMI la gestión de la mayor parte de las políticas económicas y castiga con el ostracismo financiero a las naciones que disienten de sus dictados. Su objetivo es la unificación de todas las economías en torno a un conjunto de normas homogéneas, de modo que el capital, los bienes y los servicios puedan fluir hacia dentro y hacia fuera, a criterio de los mercados (Castells, 2001).

En Europa este proceso fue algo más tardío, pero se aceleró notablemente tras la promulgación del Tratado de Maastricht, que se convirtió en el instrumento idóneo para fortalecer y estimular la aplicación de políticas de austeridad orientadas hacia los mercados. De manera progresiva y sistemática, se fue con-

formando una versión europea del consenso liberal de Washington que promovía la adopción de programas económicos basados en la reducción del gasto público, la desregulación del mercado de trabajo y la reestructuración del sistema fiscal, con el fin de reducir el protagonismo del Estado y dar rienda suelta al sector privado. En lo que respecta a los gobiernos europeos, puede afirmarse con rotundidad que "el Tratado de Maastricht, comprometiéndoles en la convergencia económica, y la auténtica unificación de 1999, fue su forma específica de adoptar la globalización" (Castells, 2001).

El consenso de Bruselas penetró profundamente en los círculos políticos y financieros europeos, alcanzando a amplios sectores de la izquierda que se alinearon con el neoliberalismo y abandonaron sus orientaciones económicas tradicionales. Líderes políticos como Tony Blair en Gran Bretaña, Romano Prodi en Italia, y Gerhard Schröder en Alemania se desprendieron de su pasado izquierdista y abrazaron una ideología que se había convertido en dogma del pensamiento económico convencional. En este sentido, no deja de ser irónico que Los reformadores que llevaron a cabo la globalización provenían en su mayoría de la izquierda", contribuyendo a legitimar socialmente el progresivo deterioro de los derechos laborales y sociales en la mayor parte de la Unión Europea.

La crisis económica actual ha reforzado e intensificado el consenso de Bruselas, renovando el compromiso de las instituciones comunitarias con las políticas de austeridad a las que nos referíamos anteriormente. En efecto, la amplitud y profundidad de la crisis ha inducido un grave deterioro del contexto económico y financiero de determinados países europeos, requiriendo el establecimiento de un mecanismo de estabilización financiera por parte de la UE para dar respuesta a las dificultades observadas en las condiciones de empréstito de varios Estados miembros. Este dispositivo, previsto y regulado en el Reglamento (UE) N° 407/2010 del Consejo, supone la concesión de una ayuda financiera a los países afectados, que puede revestir la forma de un préstamo dinerario o de una línea de

crédito a favor del Estado de que se trate. A los efectos que aquí interesan, lo más llamativo del caso es que esta ayuda financiera, en la que participa el FMI, se encuentra supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones de política económica y a la aprobación de un plan de ajuste por parte del Estado que la solicite, emulando los procedimientos tradicionalmente utilizados para extender y promover el consenso de Washington. Finalmente, debemos reconocer que tenía razón Jacques Sapir al afirmar que "la Unión Europea fue el vector más eficaz de la mundialización en todo lo que ésta ha tenido de más negativo en Europa" (Sapir, 2008).

3. DEL DERECHO CAPITALISTA DEL TRABAJO AL DERECHO NEOLIBERAL DEL EMPLEO

En los últimos decenios hemos asistido a una profunda transformación en la concepción de las relaciones entre Derecho y Economía, alumbrando un nuevo paradigma que nosotros llamaremos neoliberalismo y que se encuentra muy presente en los cambios percibidos en la configuración tradicional del Derecho del Trabajo. En el ámbito laboral implica la desregulación progresiva del mercado de fuerza de trabajo, hasta completar una transición nítida entre la organización keynesiana y la liberal de dicho mercado. Este proceso, común a todos los países europeos, se desarrolla al margen del turno político y denota el carácter reversible de las normas laborales, que pueden coincidir con los intereses de los asalariados o de las empresas.

De hecho, no han faltado los efectos del neoliberalismo sobre el Derecho del Trabajo, que recogen con claridad cómo es fácil "reconocer la influencia del neoliberalismo en aquellas situaciones en que la flexibilidad pasa a ser un objetivo de la política económica y, desde luego, en los procesos de desregulación y en todos los casos en que es visible que se procura subvertir el sistema de relaciones laborales progresivamente uni-

versalizado luego de un trayecto secular" (Barbagelata, 1992). Desde una perspectiva técnico-jurídica, el término "desregulación" resume una orientación legislativa que, más allá de las concretas previsiones normativas adoptadas en cada país, ha determinado una verdadera reorganización de los pilares que sustentan los sistemas de relaciones laborales nacidos y formados en el marco del modelo de acumulación que arranca tras la Segunda Guerra Mundial. El período que transcurre durante los "treinta años gloriosos", por utilizar una expresión que ha hecho fortuna en la academia económica (Fourastié, 1976), se caracteriza por la puesta en práctica de un amplio abanico de medidas enderezadas a la protección del contratante débil en las relaciones entre empresario y trabajador. La acción reivindicativa del movimiento obrero y el propósito reformista del poder público contribuyeron a la progresiva institucionalización de los elementos estructuradores del llamado orden social, que se movía en una tensión continua capaz de intensificar el proceso legislativo en materia laboral. Es la época dorada del Derecho del Trabajo, que proclama orgulloso su objetivo de alcanzar cierta igualdad material en el seno de una relación jurídica históricamente caracterizada por el sometimiento de unos hombres sobre otros. En última instancia, tenía razón el profesor Romagnoli cuando afirmaba que este sector del ordenamiento surgió "para dar una respuesta fiable a los interrogantes existenciales de una infinidad de desamparados" (Romagnoli, 1992).

El resultado de este proyecto político, que se sustenta en la afirmación de valores como la vida digna del trabajador y su adecuada inserción en la sociedad, es el establecimiento de un marco regulador de las relaciones laborales capaz de garantizar una elevada estabilidad en el empleo o, para ser más exactos, una elevada seguridad en el puesto de trabajo y una intensa protección social a cargo del Estado para asegurar las diferentes contingencias asociadas al trabajo por cuenta ajena. Partiendo de esta base, las opciones de política de derecho adoptadas por el legislador laboral se sitúan en la óptica de

limitar o restringir la rotación de los trabajadores a lo largo de su vida laboral, delineando un cauteloso régimen para la adquisición y pérdida del empleo y estableciendo un complejo sistema de inspección administrativa.

Entre otros aspectos, la contratación de duración determinada se somete a un riguroso principio de causalidad que proscribire su utilización en el desarrollo de la actividad normal de la empresa, circunscribiendo el ámbito del empleo temporal a la existencia de necesidades productivas de naturaleza excepcional y de duración limitada en el tiempo. Simultáneamente, la extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario se reviste de diversos requisitos formales y se condiciona a la existencia de una causa o circunstancia justificativa previamente establecida por la ley. En definitiva, el proceso histórico-político sobre el que se asienta el Estado Social de Derecho provocó una intervención legislativa de amplio espectro, conquistando diversas reivindicaciones sociales que, en el devenir del tiempo, cristalizaron en un bloque normativo ciertamente complejo que se proyecta sobre todos los aspectos de las relaciones laborales: contrato de trabajo, seguridad y salud laboral, Seguridad Social...

Recordemos que esta expresión legislativa se produce en el marco de un gran movimiento de reconocimiento de los derechos sociales en el ámbito internacional, plasmado en su incorporación a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976. También debemos destacar la influencia ejercida por la Organización Internacional del Trabajo, cuya ímproba labor contribuyó a la difusión del Derecho del Trabajo en los países con sistemas normativos menos avanzados. Tanto la Declaración de Filadelfia de 1944 como el Preámbulo de la Constitución de la OIT reconocen sin ambages la oportunidad de mejorar las condiciones de trabajo y la necesidad de instaurar un "régimen de trabajo realmente humano" que permita alcanzar la paz universal y permanente mediante la justicia social.

En la esfera del Derecho interno, las Constituciones de Francia (1946), Italia (1947) y Alemania Federal (1949) reconocieron ampliamente los derechos sociales y consagraron diversos principios de orden económico que, si bien garantizaban la libertad de los sujetos que operan en el mercado, imponían ciertas restricciones por razones de equidad social. Este lugar de encuentro entre capital y trabajo, conocido históricamente con el nombre de Estado Social de Derecho, constituyó el marco idóneo para la expansión y desarrollo del Derecho del Trabajo, actuando como freno o contrapeso de las libertades económicas que se ponen al servicio de objetivos sociales. Asistimos de este modo al nacimiento de un Derecho del Trabajo moderno, de carácter básicamente estatal y sustentado por un pacto interclasista que goza de reconocimiento a nivel tanto nacional como internacional. Teniendo esto presente, tampoco puede olvidarse que el Estado español acogió esta opción política en una fase muy tardía, cuando empezaba la decadencia de sus principales postulados como consecuencia de la crisis económica de los setenta. Esta circunstancia ha marcado y condicionado la evolución de nuestro Derecho del Trabajo desde 1978.

Anotemos de pasada que la fisonomía que progresivamente fue adquiriendo nuestra disciplina es consecuencia de un cierto equilibrio entre los intereses de los antagonistas sociales, que veían en el intervencionismo del Estado una manera de estabilizar una situación política mutuamente provechosa. O por decirlo con palabras de la doctrina científica, la política social anteriormente descrita es el resultado de "la convergencia de una pluralidad de intereses que, con independencia de su diversa motivación, reflejaron el equilibrio entre demandas sociales y exigencias empresariales" (Valdés y Lahera, 2010). Ciertamente, el reconocimiento de los derechos sociales y laborales obedecía a una exigencia de dignificación de las condiciones de vida y trabajo de una población formada mayoritariamente por trabajadores asalariados. Pero también contribuyeron a la aparición y consolidación del modelo fordista de organización

empresarial, basado en la existencia de mano de obra estable y bien capacitada, sometida a un estatuto jurídico homogéneo y relativamente generalizable.

En efecto, la producción industrial masiva se basaba en la concentración de las fuerzas productivas en el área fabril, para optimizar los recursos y facilitar el transporte y las comunicaciones. Así, la fábrica industrial de producción a gran escala aglutinaba a cientos, tal vez miles de trabajadores socialmente cohesionados por la ocupación del espacio físico. El capital quedaba circunscrito a un territorio específico y, en consecuencia, obligado a tratar contractualmente con una población laboral determinada. La organización fordista, en fin, controlaba por entero el ciclo productivo del bien o servicio. En este contexto, el paradigma clásico de la empresa descansaba sobre la uniformidad del estatuto jurídico de los trabajadores, que compartían intereses comunes y se organizaban para la mejora de sus condiciones, siendo muy significativo, por ejemplo, que en 1968 un 44% de los trabajadores industriales británicos estuvieran contratados en la misma empresa durante más de veinte años, elevándose tal porcentaje hasta el 71% en el caso del sector bancario (Arenas, 2003).

De este modo, la conjunción entre fordismo y keynesianismo contribuyó a racionalizar el capitalismo y a legitimar el sistema político, situando en primer plano el trabajo asalariado y el crecimiento económico como medio para conseguir el pleno empleo. A ello coadyuvaban, por supuesto, la coyuntura económica de la posguerra y los condicionantes políticos anteriormente enunciados: la existencia de dos bloques contrapuestos con el socialismo como alternativa ante el capitalismo y la fuerza estructural y organizada de la clase obrera. El Estado Social de Derecho se fundamenta, por tanto, en la existencia de una concreta "correlación de fuerzas interiores, en el seno de determinados países de un área geopolítica definida, que ha determinado un orden establecido de organización política muy institucionalizada" (Monereo, 1996). El equilibrio de fuerzas aparece así como un elemento definitorio del orden social, en cuyo

seno se procede a la institucionalización del conflicto capital-trabajo y a su integración en el funcionamiento del Estado.

Como sabemos, la crisis económica de los setenta significó la clausura de este ciclo histórico, abriendo la puerta a una fuerte reestructuración fabril caracterizada por la desindustrialización de grandes zonas tradicionales y el trasvase de la producción hacia espacios periféricos mediante pequeñas unidades descentralizadas. La fábrica de tipo fordista, repleta de trabajadores prestos a movilizarse para defender sus intereses, forma parte del pasado. Reflexionando sobre esto, el profesor Romagnoli, uno de los más lúcidos juristas de nuestros días, ha pronunciado esta sentencia: "A caballo de los años 60 y 70, el Derecho del Trabajo italiano entró en la fábrica para hacerla una institución social más democrática y menos sacrificial, pero las fábricas se han vaciado. De improviso y bastante deprisa" (Romagnoli, 1996). Ocupa su lugar la empresa-red, basada en la segmentación del proceso productivo en diversas fases que se encomiendan a empresas pequeñas de diversos países, dirigidas por un "cerebro empresarial distante" (Capella, 1993), que controla la producción total. El capital se libera de toda limitación territorial y de negociación con la población local, ya que puede trasladar su producción a otro punto de la red global. La división de la empresa en unidades pequeñas consolida un ambiente hostil al sindicalismo, dificultando la organización de los trabajadores y obstruyendo el proceso clásico de negociación colectiva.

Inducidas por la crisis económica, estas mutaciones organizativas exigían una gestión más flexible de los recursos humanos y, por consiguiente, un retroceso del garantismo normativo que el Derecho del Trabajo había proyectado sobre las relaciones entre empresarios y trabajadores. La intervención estatal de corte keynesiano empezó a ser cuestionada y dio inicio una nueva etapa en la que la política legislativa persigue abiertamente una mayor flexibilidad en la gestión empresarial de los contratos laborales. Hay que advertir de antemano que este proceso no supone un episodio pasajero o meramente tempo-

ral, sino una transformación de carácter estratégico que alumbraba un nuevo paradigma en la regulación de las relaciones de trabajo. O expresada la idea en otros términos, la desregulación del mercado de trabajo sirve al objetivo de "ayudar a las empresas a salir, más competitivas que antes, del túnel de la crisis económica de los años setenta, restituyendo a las mismas los márgenes para una gestión flexible de la mano de obra suprimidos por el preexistente derecho sindical y del trabajo, ya fuese de origen legislativo o convencional" (Romagnoli, 1992).

En efecto, el progresivo dismantelamiento de la normativa enderezada a regular las relaciones laborales constituye un importante factor explicativo de los cambios experimentados en la distribución de la renta, que evidencia un pronunciado deterioro en la posición relativa de los salarios. No hay que olvidar que el salario, entendido como remuneración de la fuerza de trabajo, es un elemento definitorio de la relación que se establece entre empresarios y trabajadores, reflejando la existencia de un patrón determinado de distribución de la riqueza en la estructura social. De este modo, la pugna distributiva que se desarrolla en el mercado de trabajo se refleja directamente en los salarios y expresa una concreta correlación de fuerzas en la lucha de clases. No en vano se afirma que "el principal elemento en la determinación del ingreso lo constituye la evolución de la relación salarial y las condiciones laborales como resultado de la referida desigual pugna entre capital y trabajo" (Sanabria, 2009).

En definitiva, el neoliberalismo constituye un esquema funcional a los intereses inmediatos de la clase dominante, que percibe y considera la fuerza de trabajo como cualquier otra mercancía. Desde este punto de vista, cuestiona abiertamente la naturaleza protectora del Derecho del Trabajo y postula un mercado laboral regido por la oferta y la demanda de trabajo, en el que la intervención correctora del Estado aparece como un freno a la creación de empleo. La retórica neoliberal afirma la necesidad de remover los obstáculos de fondo que impiden el funcionamiento eficiente del mercado de trabajo. La legislación

laboral es excesivamente protectora y desincentiva a los trabajadores, obstando el uso racional de los recursos productivos por parte de los empresarios. La protección por desempleo desmotiva a los parados, que se acomodan y rechazan ofertas de trabajo desventajosas. La reglamentación de los despidos y del *ius variandi* empresarial dificulta la adaptación de las empresas a las variaciones del mercado. La "rigidez" salarial y los sindicatos merman la competitividad de la economía. La desregulación, en fin, pretende eliminar todos estos obstáculos para conseguir un mercado de trabajo más libre y eficiente, volviendo a la prehistoria jurídica, cuando el contrato de trabajo vivía en la periferia de los códigos liberales.

En realidad, su objetivo es elevar la tasa de beneficio incrementando la tasa de explotación. Pretende rentabilizar al máximo el uso de la fuerza de trabajo flexibilizando el empleo y eliminando controles administrativos y sindicales. En primer lugar, se desregula el ingreso en la empresa (precariedad laboral) y la extinción del contrato (despido libre). En segundo término, se reducen los costes mediante el incremento del *ius variandi* (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica y polivalencia funcional) y la flexibilidad horaria (cómputo anual de la jornada de trabajo, libertad para establecer turnos y realizar horas extraordinarias...). La política neoliberal, brote joven de un tronco viejo, no busca fomentar el crecimiento económico y el bienestar social, sino, pura y simplemente, el beneficio privado.

En España, la asimilación y aplicación de estas ideas tiene su epítome en la importante reforma del Estatuto de los Trabajadores acometida en 2012. La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, núcleo central de la reforma citada, subraya la intención de flexibilizar el marco jurídico de las relaciones laborales y favorecer, con ello, "la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial". Considera el legislador que la rapidez e intensidad de la destrucción de empleo en nuestro país "se debe fundamentalmente a la rigidez

del mercado laboral español", por lo que se busca garantizar "la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa", incidiendo en temas como la ordenación del tiempo de trabajo y del salario, las modificaciones en la prestación laboral o la extinción del contrato. La Exposición de Motivos aduce hipócritamente que la crisis económica "ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español", justificando de este modo "una reforma de envergadura" que ha venido siendo reclamada "por todas las instituciones económicas mundiales y europeas". Bajo esta retórica liberalizadora, sin embargo, se escondían intereses muy concretos que movieron al legislador hacia una reforma neoconservadora que acaso constituya el mayor retroceso en la protección de los trabajadores desde el advenimiento de la democracia.

La desregulación del trabajo asalariado, que se prolonga hasta nuestros días, ha sido posible merced a la ofensiva ideológica desencadenada para conseguir su imposición política. La "austeridad" es necesaria para la competitividad de las empresas y se justifica en aras de los "intereses nacionales". Los trabajadores deben hacer "sacrificios" para combatir el paro. Así, cuando las clases fundamentales luchan por sus intereses antagónicos, cuando los capitalistas tratan de obtener más plusvalía por todos los medios, quieren persuadir a los obreros para que lo acepten.

El neoliberalismo ha penetrado profundamente en las estructuras del Derecho del Trabajo, sublimando su función como instrumento del sistema económico y debilitando el carácter transaccional de nuestra disciplina, hasta el punto de abrogar el pacto originario entre capital y trabajo que hizo posible nuestra convivencia. Cuán lejanas parecen ahora las palabras de Sinzheimer, que veía en el Derecho del Trabajo el impulso de la clase obrera "de no ser sólo un objeto, sino más bien un sujeto de la economía", para evitar que el ser humano fuera tratado igual que las cosas (Sinzheimer, 1984). Como vamos a ver a continuación, las sucesivas reformas laborales que se han acometido desde la promulgación del Estatuto de los

Trabajadores, culminadas por el Real Decreto-ley 3/2012, se encuentran al servicio de la producción capitalista y persiguen la obtención de la mayor cantidad posible de plusvalía. De forma discreta pero constante, el Derecho del Trabajo ha involucionado hacia un modelo de intervención débil que responde a la filosofía liberal de ordenación de las relaciones *interprivatos*, renunciando a tutelar los intereses de la contraparte débil y reforzando la capacidad del empresario para establecer unilateralmente las condiciones de ejercicio de la actividad.

II

Normas laborales e involución social: el estado de reforma permanente

Si alguna rama del derecho caracteriza al siglo XX esa es sin duda el derecho el trabajo. A lo largo del siglo pasado, y de manera íntimamente ligada a la coyuntura social, económica y política, la regulación del trabajo humano vivía su desarrollo, esplendor y declive, manteniéndose presentes de manera más o menos preeminente el conjunto de funciones, protectora y equilibradora, que señalamos en el capítulo anterior.

Durante este periodo, el trabajo humano se configuraba, no sólo como recurso indispensable del sistema de producción industrial, base de la economía capitalista sino también, y de manera paralela y evidentemente conexas, como un factor de inclusión social. Se ha ligado así el disfrute de derechos sociales, necesario para la efectividad de aquellos de ciudadanía, al desempeño de un trabajo remunerado, lo cual multiplica la importancia de la regulación del trabajo y de la efectiva protección y reconocimiento del derecho al trabajo, máxime en una situación de crecimiento exponencial del desempleo y del porcentaje de la población que vive bajo el umbral de pobreza.

La llegada del siglo XXI y en particular la reforma laboral de 2012, ha significado una ruptura con las bases que fundamentaron la construcción del derecho del trabajo durante el siglo pasado, plasmándose una regulación que nos retrotrae a los postulados ideológicos del siglo XIX y que entraña, como nos demuestra la historia, un grave riesgo para la estabilidad del sistema.

Al repaso de los orígenes y evolución del derecho del trabajo, hasta llegar a la reforma que acabó con sus funciones originarias, se dedican las siguientes páginas. En ellas va a ser fácil

detectar los paralelismos y similitudes entre épocas pasadas y la situación actual, tanto en el plano ideológico como normativo.

1. LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO CAPITALISTA DEL TRABAJO

El desarrollo de la cuestión planteada requiere atender, si quiera de manera somera, al origen del derecho del trabajo tomando para ello como punto de partida el fenómeno de la proletarianización. En efecto, ligadas a ella, las primeras normas orientadas a regular el fenómeno del trabajo asalariado en la sociedad liberal derivaron de situación multicausal en la que se combinaron fundamentalmente tres elementos: la enajenación de los recursos y de los medios de producción como consecuencia del liberalismo económico; la progresiva industrialización y una intervención de los poderes políticos orientada en un primer momento a asegurar la mano de obra necesaria para mantener el progreso de desarrollo económico y no tanto a su protección. De esta manera, las normas más tempranas orientadas a la regulación de la mano de obra actuaron de forma paradójica, liberando al capital y a las mercancías pero dejando sometida a la mano de obra mediante un *laissez faire* parcial o contradictorio (Arenas, 2003).

Merece la pena ahondar en esta última idea. Durante los momentos iniciales de conformación de la empresa industrial, una de las principales preocupaciones del sector empresarial fue la obtención y la conservación de mano de obra. Esto se consiguió con la intervención de una temprana legislación orientada a la sujeción y la disciplina (Gorz, 1997) de una mano de obra, de la que previamente se había predicado la libertad,³ utilizándose elementos normativos de carácter compulsivo y disciplinante.

En este sentido mencionaba Foucault la utilización de la disciplina para conseguir "aumentar las fuerzas del cuerpo (en tér-

3. Sin olvidar las leyes que regulaban la esclavitud en las colonias que, por ejemplo, fue restablecida en Francia con la Ley de 20 de mayo de 1802.

minos económicos de utilidad) y disminuir esas mismas fuerzas (en términos políticos de obediencia)" (Foucault, 1996), identificando la fábrica como una fortaleza donde se concentraban las fuerzas de producción y donde lo importante era obtener de ellas el máximo de ventajas dominando las fuerzas de trabajo, a lo que se orientaba la división y organización de la producción. Esta dominación interna, mediante la disciplina ejercida sobre los obreros, se apoyaba en distintas normas orientadas a evitar la fuga de los trabajadores, sancionando con diversas penas el incumplimiento de la obligación de trabajar.⁴

Esta actuación del Estado restringiendo la movilidad de los trabajadores y utilizando sanciones penales para asegurar el cumplimiento de los contratos respondería a un pacto, un "contrato social" entre el Estado y las clases medias emergentes de la industria y el comercio (Veneziani, 1994). A esta acción, y buscando la disciplina del obrero, se orientaron igualmente los esfuerzos por lograr una organización científica del trabajo que, además, permitía al empresario lograr una de sus preocupaciones fundamentales, el cálculo del beneficio, que requería un control de los costes del trabajo.

Como relata Gorz, los primeros obreros no consideraban la necesidad de prolongar sus esfuerzos para ganar más, puesto que la acumulación no entraba en sus parámetros. Por ello, las estrategias empresariales no fueron por la vía del aumento de salarios para atraer la mano de obra. Al contrario, el modo para lograr el cumplimiento de esa jornada fue "pagar salarios tan bajos que fuera preciso soportar una buena decena de horas diarias durante toda la jornada para ganarse la subsistencia" (Gorz, 1997). En la misma línea el uso del trabajo infantil, más

4. De entre los ejemplos de normas coercitivas que es interesante recordar como en la Francia napoleónica se instauraba los llamados *Livrets*, con las *Lettres patentes* de 1781. Posteriormente, en 1803, se reforzó el papel de esta "cartilla de trabajo" como medio tanto de control del mercado como de impedimento del conflicto. Este modelo se extendió a Bélgica, Holanda e Italia. Paralelamente, en Inglaterra o Alemania, los abandonos de los obreros daban lugar a procesos penales en su contra, tras reclamaciones de los patronos.

barato y maleable, fue la solución "más práctica" en esta primera época.⁵

Posteriormente, constituido ya el "inmenso ejército de reserva" y superados los problemas de oferta de mano de obra, la configuración de la población ocupada trajo nuevas preocupaciones normativas respecto de determinados sujetos, fundamentalmente, como es bien sabido, niños y mujeres.

Es sorprendente que en un momento de concentración y robustez del poder económico y social en manos del capital, justificada por un conjunto de ideas dominantes que ensalzaban la necesidad y hasta la bondad de esta situación para la sociedad en general, este poder económico cediera terreno, debilitando sus capacidades "normativas", derivadas del *laissez faire*, en las relaciones de explotación de la clase obrera.

La llamada "cuestión social" del XIX, provocada por la paupérrima situación de la mano de obra, las durísimas condiciones de trabajo a las que era sometida, en particular en relación con la jornada de trabajo y las condiciones de seguridad, la explotación particularmente dura de niños y mujeres, por el agravante moral que ello suponía respecto de los varones pero también por su negativa incidencia en la reproducción de la mano de obra y los escasísimos salarios, condujo a una grave situación.

Ciertamente, la pobreza no era una novedad respecto de épocas anteriores, sin embargo, el factor de cambio, el condicionante que impulsó la conformación de la "cuestión social" como verdadera preocupación para la continuidad del sistema, fue la indignación por el aumento de la miseria, por la retirada del auxilio del Estado y por la consideración del obrero como

5. En este momento, la mano de obra infantil era una realidad consolidada, particularmente en Inglaterra, donde un 20% de los trabajadores de la industria del algodón tenían menos de 13 años. Las razones son conocidas, a la composición de la población, se unieron factores como los bajos salarios o la docilidad de los niños de cuyo trabajo dependía entre 1817 y 1839 hasta un 24% del ingreso familiar (tomando datos de Inglaterra). También en este primer momento de proletarización el trabajo de las mujeres, por razones similares a las de los niños, es porcentualmente importante.

una mercancía. Se producía entonces la "gran transformación" de la que hablaba Polanyi, el paso que hizo que la sociedad del trabajo pudiera ir poco a poco convirtiéndose, por la presión de la cuestión obrera, en una sociedad "del empleo" (Prieto, 2010).

Evidentemente, el discurso del miedo espoleó la actuación normativa, de claro carácter reformista. La incipiente amenaza que para el orden social y económico suponía la proliferación de una resistencia obrera alimentada por la explotación y la represión impulsó políticas sociales a modo de respuesta a un posible envite del socialismo, uno de cuyos ejemplos fundamentales fue la política bismarckiana.

En la Alemania de final de siglo, como freno a estas ideas y en una situación caracterizada por las llamadas "leyes antisocialistas", Bismarck fue capaz de plasmar la teoría del "palo" (mantener la represión) y la zanahoria" (los importantísimos avances en la configuración de los Seguros sociales, antecesores directos de la Seguridad social moderna (Sotelo, 2010).

En cualquier caso, como agudamente señala Somma, fueron precisamente estas consecuencias de la revolución industrial, esta trágica relación entre capital y trabajo, las que demostraron el fracaso de la predicada emancipación individual situada como fundamento de la sociedad burguesa (Somma, 2010). La libertad individual se había convertido en una cuestión de adquisición de poder sobre el otro, y dadas las consecuencias que esto produjo y sin que los poderes económicos pudieran evitarlo, el Estado reaccionó ante los fallos evidentes del capitalismo sin sujeciones (Monereo, 1996), prefiriendo "condicionar el medio económico para estar en condiciones de controlar los resultados" y asegurar su propio porvenir (Alonso Olea, 1980). El reformismo de la época, plasmado en el intervencionismo estatal de carácter conciliador, se plasmó en la primera legislación social con un discurso claramente orientado a embridar las posibles vías revolucionarias.

De esta manera, las primeras estandarizaciones no tenían, desde luego, una voluntad emancipatoria sino que, en un momento de proclamado anti-intervencionismo, derivaron de

la necesidad de regular la prestación del trabajo y hacerla compatible con la producción industrial. Se evidencian así muy tempranamente las dos funciones de la regulación de la prestación de trabajo. Por un lado, estas primeras normas laborales fueron utilizadas como instrumento de los empresarios para facilitar la gestión de la fuerza de trabajo y controlar la competencia entre las empresas. Así, estas incipientes normas dirigidas a regular las relaciones de trabajo tuvieron como orientación principal imponer un mínimo de condiciones de explotación de la mano de obra, que tenían que ser respetadas por la generalidad de los empresarios, forzando de esta manera estándares que permitieran la competencia equitativa entre empresas. Se evitaba así la carrera a la baja en cuanto a salarios, salubridad en el lugar de trabajo, o cualquier circunstancia que pudiera ser modificada persiguiendo un aumentando el beneficio empresarial pero en detrimento de los trabajadores y en última instancia, del propio sistema.

De manera paralela, esta función se compatibilizaba con la de específica protección de colectivos claves para la reproducción de la mano de obra, surgiendo de esta manera, surgieron las más tempranas leyes de protección del trabajo de menores y mujeres y que fueron la expresión de la voluntad de conservar los recursos humanos, que se verían seriamente dañados de mantenerse las condiciones de trabajo existentes.

La finalidad era por tanto la conservación del sistema, en un momento en el que la presión creciente del conflicto social y el auge del movimiento obrero impulsaban el temor a una revolución.

En 1894, Sidney y Beatrice Webb definían el sindicato como la "asociación permanente de trabajadores por cuenta ajena con la finalidad de mantener o mejorar las condiciones de su vida de trabajo".

Aunque el origen de las asociaciones de trabajadores se remonta a una época muy anterior, incluso puede afirmarse que operaban bajo la forma de mutualidades, el nacimiento de los "sindicatos modernos" no se produjo hasta mediados del

XIX, siendo como ya dijimos su primer exponente la *Amalgamated Society of Engineers*, creada en Inglaterra en 1850 (Jacobs, 1994)

Varios fueron los factores que favorecieron este nacimiento: la depresión económica entre las décadas de 1870 y 1880, el aumento de los precios, la renovación tecnológica, la división, estandarización y mayor control patronal del trabajo, y, cómo no, los espacios políticos ganados por los partidos obreros y democráticos. Las nuevas organizaciones obreras tenían características distintas de sus antecesoras. El nuevo modelo se diferenciaba por su organización, contando con liberados dedicados en exclusiva a su gestión; su apoyo a las estrategias de conciliación y arbitraje antes que al enfrentamiento; su conformación plural, admitiéndose paulatinamente a todo tipo de trabajadores; su esfuerzo más por el cumplimiento máximo de la normativa vigente para mantener las condiciones de vida mínimas que por la reivindicación revolucionaria.

Pero antes de llegar a este estadio las organizaciones obreras pasaron por un camino plagado de dificultades, siendo la norma general durante la primera parte del siglo XIX la actitud estatal represora, plasmada en la consideración criminal de las coaliciones obreras. La segunda mitad del siglo, más o menos tardíamente dependiendo del contexto socio-político de cada Estado, vería como se relajaban las prohibiciones entrando lentamente en la etapa de la tolerancia con control. Ambas etapas estuvieron, como hemos señalado, marcadas por el temor de la clase política al surgimiento de la conciencia proletaria y a la amenaza de la revolución obrera, un "discurso del miedo" de profundo calado en los discurso políticos y en las justificaciones de las disposiciones normativas de la época.

En un primer momento, la actitud represora derivó directamente del discurso liberal, que se plasmó en diversas normas orientadas a la eliminación de los gremios, como la conocida ley *Le Chapelier*, que acabaron siendo instrumento para la represión del movimiento sindical. Igualmente, los códigos penales, el francés de 1808 o el español de 1848 (y el de 1850 y

1870 así como diversas disposiciones menores) recogían la figura de la asociación ilícita, art. 211 de este último, estimando ilegales las asociaciones de más de veinte personas constituidas sin autorización de la Autoridad pública.

Cuando la estrategia represora se demostró pronto poco efectiva comenzó lentamente la fase de la tolerancia del fenómeno asociativo. En el concreto ámbito español, la conquista del reconocimiento de la libertad sindical fue paralela a la del sufragio universal masculino. Así, aun manteniéndose las normas de carácter represor de la acción colectiva, las postrimerías del siglo XIX trajeron consigo en España la idea de la conveniencia de regular las relaciones colectivas, para tratar de evitar las explosiones sociales que perturbaban gravemente el orden público y el crecimiento económico. De hecho, con la entrada del siglo XX, "sólo las coaliciones y huelgas con violencias y amenazas y las que afectasen a servicios esenciales podían considerarse abusivas y por tanto penalmente sancionadas". En pocos años se derogó expresamente el art. 556 del Código Penal y se publicaron las leyes sobre consejos de conciliación y arbitraje industrial de 1908 y la de huelgas y coaliciones de 1909, a las que siguieron los Decretos de 1916 y 1917 sobre solución negociada de los conflictos de trabajo así como la creación de las comisiones mixtas o comités paritarios en determinados sectores (Martín Valverde, 1987).

El reconocimiento de la negociación colectiva sufrió un iter similar, pasando de la fase de represión a la de tolerancia. La negociación colectiva "primaria", que se desarrolló a lo largo del siglo XIX y principios del XX fue finalmente "aceptada con resignación" por los empresarios. Este modelo de negociación se caracterizó por una predominancia de los acuerdos de empresa, de carácter esporádico o "pacificador" y con contenido centrado estrictamente en las condiciones salariales y la jornada de trabajo (Del Rey, 1996).

Para acabar con el recorrido por el siglo XIX merece la pena acudir al contenido del temprano intervencionismo estatal reformista en las normas relativas a las relaciones de trabajo. En

la Novísima Recopilación de 1805, donde se regulaba teóricamente el trabajo no gremiado, se incluían las siguientes normas: la obligación de los parados de presentarse todos los días en la plaza del pueblo para su eventual contratación; el pago del jornal la noche del mismo día de trabajo; la prohibición de trabajo en el erial de las mujeres de los segadores; la moderación del importe de los jornales por los concejos y hombres buenos de los municipios, entre otras cuestiones (Ojeda, 2001).

Posteriormente, con escaso apoyo de la burguesía y desconfianza del proletariado, se aprobaba la Ley de 24 de julio de 1873 sobre "regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos", conocida como *Ley Benot*. En esta misma línea se promulgó la Ley de 26 de julio de 1878 sobre "trabajos peligrosos de los niños" así como la Ley de 13 de marzo de 1900. Esta Ley sobre "condiciones de trabajo de mujeres y menores", primera norma que protege de manera general a las llamadas "fuerzas medias", plasmaba la protección de la mujer como sujeto débil, desde una postura paternalista, ligada a la moralidad y profundamente discriminatoria.⁶ La voluntad de garantizar la salud física pronto trascendió al ámbito subjetivo de estas "fuerzas medias" para fijarse en la jornada de trabajo⁷ y en las medidas de salud e higiene.

Una de las características de las normas señaladas fue la escasa efectividad aplicativa de las mismas, siendo su inobservancia la regla general. Varias son las razones de esta falta de

6. Se unificó en esta norma por primera vez el tratamiento protector de los "sujetos débiles", mujeres y niños, plasmando una enumeración de los trabajos prohibidos por su peligrosidad o insalubridad. La misma línea de tutela de la mujer como sujeto débil se siguió posteriormente en la conocida Ley de la Silla de 20 de febrero de 1912 y en la de 11 de julio del mismo año, donde se prohibía el trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas.

7. Son múltiples las normas relativas a la delimitación de la jornada por sectores, minas en 1910 o industria textil en 1913, jornada mercantil en 1918, en 1919 construcción, etc. También se aprecia en estos momentos la fijación del domingo como descanso con evidentes connotaciones religiosas

eficacia, en primer lugar las reticencias de la clase empresarial, característica de la que se hacían eco el propio legislador y de la que se quejaban los gobernantes del momento, llegando a calificarlas de "letra muerta". Esta falta de entusiasmo empresarial en el cumplimiento de las restricciones se veía agravada por la ausencia de una voluntad estatal realmente coactiva respecto de la clase empresarial y la consiguiente ausencia de un aparato administrativo suficiente para vigilar y sancionar su incumplimiento. Tampoco puede olvidarse que, durante esta primera época, el ámbito de aplicación de las primeras normas fue muy limitado, como por ejemplo de la Ley de 1900, similar al de la *Ley Benot* –esto es, excluyendo el trabajo agrícola y los talleres de familia– lo cual contribuyó a la eficacia relativa de estas normas protectoras.

La misma perspectiva paternalista de intervencionismo compatible con el discurso liberal se plasmó en las distintas normas orientadas a la protección social, como muestra la creación en 1883 de las "Cajas de retiros y socorros para enfermos e inválidos".

Ninguna de estas normas modificó el régimen jurídico del trabajo basado, hasta ese momento, en la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de las partes. Y no lo modificó porque la intervención estatal respondía a la comentada doble presión, la amenaza de "perspectivas revolucionarias y la convicción de que, de no producirse aquella intervención la supervivencia del sistema corría serio peligro". Ninguna de estas intervenciones actuó, por tanto, en el espacio político sino en el plano social y desde una postura paternalista o pietista con la clase obrera. Teniendo en cuenta esta visión, esta respuesta a los "miedos viscerales" de la época –la revolución obrera– se explican las razones profundamente conservadoras del intervencionismo reformista.

La superación de estas ideas no se produjo hasta la llegada del siglo XX, momento en el que la necesidad de una intervención social de mayor calado se manifestó como evidente. A ella se orientó en un primer momento la llamada "legislación de

trabajo". Esta legislación, precursora del derecho del trabajo, fue conjunto normativo de origen meramente estatal, fragmentado y orientado según los sujetos protegidos, la actividad realizada o el lugar de prestación de la misma (Valdés, 2006).

Con estas características, y aunque no podía considerarse como un sistema articulado, esta temprana construcción normativa ya nos demuestra la asunción por la clase política de la época de la necesidad de un tratamiento jurídico de la cuestión social, más allá del paternalismo benefactor.

El paso de esta legislación al derecho del trabajo llegaría tras un periodo de tránsito, marcado profundamente por la crisis de principios de los años veinte del pasado siglo, pudiendo hablarse de "derecho del trabajo" en Europa, tras el final de la primera Guerra Mundial. En España, el punto de partida del derecho del trabajo debe situarse con la llegada de la II República, teniendo en cuenta que el periodo entre 1917 y 1931 fue especialmente prolijo en cuanto a producción normativa en materia social.

El tránsito de una realidad a otra y el nacimiento del derecho del trabajo como ordenamiento que protagonizó la regulación de las relaciones de trabajo durante el siglo XX respondió fundamentalmente a la evolución de las relaciones de producción y a la actuación de los poderes estatales como respuesta tanto a esta evolución como a la situación económica, a los acontecimientos políticos internacionales y nacionales y a la actuación del movimiento obrero.

Es en estos momentos particularmente importante atender a la configuración del Derecho Internacional del Trabajo. El Tratado de Versalles creó la Organización Internacional del Trabajo, aceptando la institución de un organismo compuesto por Estados, empresario y sindicatos, sin capacidad legislativa autónoma. Se constituía de esta manera la OIT, cuya evolución hasta la actualidad ha visto crecer su importancia en cuanto a cantidad de producción de normas, estudios y proyectos acerca de la situación del trabajo en el mundo y de la mejora de los estándares laborales sin que ello suponga, sin embargo, la con-

secución de la antigua aspiración sindical de alcanzar la idea de un poder legislativo supranacional soberano en materia laboral.

No puede dejar de tenerse en cuenta que la constitución de la OIT en este tan temprano momento no respondía únicamente a una voluntad protectora respecto a la situación de los trabajadores sino que esta la internacionalización del derecho del trabajo tuvo una marcada utilidad para los empresarios. En aquel momento ya estaba claro que las empresas de un país sólo podían soportar las cargas sociales si éstas eran similares, o al menos tendían a la uniformización, con las existentes en otros países. Por ello, como señalábamos al comentar las funciones atribuidas al derecho del trabajo, el objetivo de igualar la competencia impulsó la internacionalización de esta disciplina, teniendo por este motivo el apoyo empresarial para la creación de instituciones como la Organización Internacional del Trabajo (Lyon Caen, 1951).

Continuando con el recorrido histórico por la conformación del derecho del trabajo en España, ya hemos dicho que, sin perjuicio del conjunto de normas aprobadas en los años inmediatamente anteriores, puede afirmarse que el punto de partida es la Constitución de la II República de 1931, que se reconoce como una República de trabajadores de toda clase.

En su Artículo 46 la Constitución del 31 reconocía el trabajo, en sus diversas formas, como una obligación social que debía gozar de la protección de las leyes. En concreto este artículo contenía el siguiente mandato para los poderes públicos: *"La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los*

beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".

Además del contenido de este precepto, la Constitución de 1931 recogía el derecho a la libertad sindical (art. 39), incluida la de los funcionarios (art. 41).

Ya en el plano normativo, el protagonismo fundamental recae sobre la Ley de Contrato de trabajo de 1931. En ella se reconocía la desigualdad existente en la relación entre empresario y trabajador e incidía en los poderes del primero, limitando la libertad contractual y consagrando así la independencia de este contrato respecto de figuras propias del derecho civil que no incluían la desigualdad entre las partes contratantes. Esta norma es fiel reflejo del carácter transaccional que hemos venido señalando y que impregna la conformación del derecho del trabajo, pues, junto con este control de la actuación empresarial, procede a reconocer los poderes de dirección y disciplina de los empresarios.

Son varias las cuestiones que deben resaltarse de esta norma. En primer lugar, el ya señalado reconocimiento de la desigualdad entre las partes con la limitación de la libertad contractual, atendiendo al menor poder del trabajador y a la implicación personal en el trabajo. Este reconocimiento se plasmaba en la garantía de la inserción en el contrato de las condiciones mínimas de trabajo que se recogieran en las normas aplicables, con la prohibición de disponibilidad de los derechos reconocidos en las mismas; la presunción de laboralidad; la sustitución de las cláusulas nulas por contravenir los mínimos; la consagración del principio de estabilidad en el empleo a través del establecimiento de la causalidad en el despido, la prórroga tácita de los contratos temporales, el mantenimiento del contrato en los casos de transmisión de empresas, la regulación de los supuestos de suspensión...

También se reconocía en esta Ley la centralidad de las normas de origen colectivo, entroncando con las leyes que tratan el asociacionismo obrero y la producción de normas colectivas. En este ámbito, se reconoce la labor fundamental de los sindi-

catos profesionales y se sustituyen los antiguos Comités Paritarios por otros órganos corporativos, los Jurados Mixtos. Éstos elaboraban las "bases de trabajo", muy abundantes en esa época, que en la jerarquía de fuentes se encontraban entre las "disposiciones generales" y los "pactos colectivos de condiciones de trabajo".

La preeminencia de la labor normativa de los Jurados Mixtos nos indica, junto con el fortalecimiento del Ministerio de Trabajo, la reforma de la Inspección de Trabajo, y la creación de los Delegados Provinciales de Trabajo, una voluntad decidida del Estado de intervenir en las relaciones colectivas.

No puede olvidarse por último, entre las cuestiones laborales más remarcables abordadas durante la II República, la actuación normativa orientada a la regulación jurídica del mercado de trabajo. Entre estas medidas destaca la Ley de Colocación Obrera de noviembre de 1931, pero también los incentivos a la contratación, la generación de empleo público, las normas relativas al trabajo agrícola y la introducción del principio del reparto de trabajo o la preferencia vecinal en el empleo, instaurada con la Ley de Términos Municipales de septiembre de 1931.

La construcción republicana del derecho del trabajo, con los rasgos característicos señalados, fue aniquilada con el golpe de estado y la posterior instauración de la dictadura. Aun cuando durante el franquismo pervivieran algunas de las instituciones laborales señaladas, solo en el plano individual, cualquier nota de continuidad debe ser descartada por cuanto con la dictadura se rompe la base fundamental de la construcción republicana: el reconocimiento de un conflicto permanente entre capital y trabajo. En efecto, el franquismo impone la pretensión de la existencia de unidad entre capital y trabajo, la disolución del conflicto, con un discurso inspirado en el anterior organicismo social, que situaba al trabajo como una vía para incardinar al individuo, para absorberlo de manera coactiva, en un proyecto que trascendía la esfera personal para diluir ésta en lo nacional (Ruiz, 1999). El franquismo expolió lenguaje, simbología e

incluso teoría al movimiento obrero para atraerse a los trabajadores, articulando las normas laborales de manera funcional a un liberalismo económico represor, que se orientó fundamentalmente a la eliminación de las libertades político-sindicales, del movimiento obrero, de la huelga y de la negociación colectiva y a la sumisión de los trabajadores a la omnipotente voluntad del empresario.

En el plano colectivo, la línea represora y el monopolio estatal en la fijación de las condiciones de trabajo se mantuvo a lo largo de la totalidad del régimen, sin perjuicio de tardías operaciones de maquillaje, considerándose que era competencia del Ministerio de Trabajo la "aprobación, aplicación e inspección de las leyes de trabajo". De hecho, las Ordenanzas laborales han constituido uno de los rasgos de identidad de la época franquista. El artículo 1º de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942 las configuraba como un tipo especial de reglamento laboral, mediante el cual el Ministerio de Trabajo regulaba las "condiciones mínimas" de un sector profesional o de una empresa determinada. Ocupaban, por tanto, el espacio que se había usurpado a la negociación colectiva y que no se recuperaría hasta después de aprobada la Constitución de 1978.

No puede llevar a engaño la utilización por el franquismo de nomenclatura de carácter aperturista. Por necesidades de propia supervivencia, el discurso evolucionó en un intento nominal de aproximarse a los países de nuestro entorno, entre otras normas con la ley sobre Convenios Colectivos Sindicales de 24 de abril de 1958. Pero nada más lejos que un reconocimiento real de un atisbo de libertad sindical o del derecho de negociar convenios colectivos, al contrario, tan sólo se reconocía una actuación limitada y administrativamente controlada de los agentes sindicales autorizados.

Pero más allá de la destrucción del sistema de relaciones laborales colectivas, en el plano individual se aniquilaba igualmente todo rasgo equilibrador de las normas laborales. El reforzamiento jurídico de los poderes del empresario se dejó

notar desde las primeras Reglamentaciones de Trabajo que sustituyeron las Bases de Trabajo y los Pactos Colectivos. Con ellas, se permitía al empresario fijar de manera unilateral el Reglamento de Régimen interior y variar las condiciones de trabajo, se potenciaban las injerencias privadas en la vida del trabajador, la obediencia al empresario se convertía en lealtad, todo ello acompañado de una potente injerencia del poder público en la regulación de las relaciones de trabajo.

La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 refundía determinados aspectos de la ley del 31, eliminando como dijimos el carácter equilibrador del derecho del trabajo para someter al trabajador a la voluntad del empresario, incluyendo el deber de fidelidad. La fidelidad se convertía en la institución que permitía acrecentar los deberes del trabajador y permitía a la jurisprudencia "incriminar actuaciones colectivas o individuales contrarias al interés empresarial pero no tipificadas como ilícitas", aumentando así el control sobre la persona del trabajador. El resultado no fue, ni mucho menos, satisfactorio en términos de productividad. El aumento de poderes del empresario provocaba la insatisfacción de un trabajador, unida también a los bajos salarios, lo que causaba una bajada en la producción que aumentaba la dureza de la reacción patronal, generando ésta de nuevo una mayor insatisfacción del trabajador.

Mientras ocurría todo lo anteriormente contado, a grandes y necesariamente impresionistas pinceladas, en los países de nuestro entorno europeo la derrota de los fascismos y la tensión entre los dos bloques alumbró y marcó la mayoría de edad del derecho del trabajo, que se constituyó como el más eurocéntrico de los derechos. En el estado español, el derecho del trabajo no recuperó sus rasgos, republicanos, de identidad hasta aprobada la Constitución de 1978.

2. LA "CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO":

LÍNEAS ROJAS Y MÍNIMOS NECESARIOS

No puede valorarse la evolución de la regulación de las relaciones de trabajo sin atender al marco constitucional en el cual las mismas se han desarrollado. Efectivamente, la Constitución de 1978 incorporó las referencias propias del constitucionalismo social, integrando en el texto la conformación básica de las relaciones económicas y sociales y los parámetros que, rodeando las mismas, configurarían el pacto entre capital y trabajo. En este sentido, la configuración del sistema económico constitucionalizado incorpora los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, enmarcados en el art. 9.2 CE que impone a los poderes públicos la promoción de las condiciones de igualdad de los sujetos y grupos y concretados en el reconocimiento del derecho de huelga, del derecho a trabajar y de la negociación colectiva.

No cabe duda de que el conflicto de intereses se plasma en la Constitución, así, es necesario recordar que, desde el punto de vista de la "constitución económica", se reconoce la propiedad privada (art. 31) pero limitada por la función social de los bienes (art. 32), por la subordinación de toda la riqueza al interés general, art. 128.1 y complementada con las facultades expropiatorias que reconoce el art. 33.3. A continuación, se constitucionaliza de la libertad de empresa, cuyo anclaje se encuentra tanto en el art. 10.1 como en el art. 38 y que se ve limitada por las exigencias "sociales" del Estado social y por las exigencias "generales" de la economía nacional, que justifican tanto la iniciativa pública en la economía (art. 128.2) como la planificación (art. 131). La existencia de este delicado equilibrio exige al legislador la conciliación de los diferentes intereses a la hora de regular las relaciones económicas, cuestión que en la actualidad, en el tiempo de los recortes, es absolutamente desdeñada.

Por otro lado, y desde el punto de vista de la "constitución del trabajo", la aprobación de la Constitución española supuso

para el ordenamiento laboral una profunda transformación, manifestándose en él la plasmación de los principios antedichos. De su "bloque de laboralidad", se extraen las tres características del "modelo democrático de relaciones laborales": la integración del conflicto capital-trabajo, el reconocimiento de la negociación colectiva como fuente de derechos y obligaciones y el carácter compensador o equilibrador de las normas que regulan las relaciones de trabajo.

En primer lugar, la integración del conflicto capital-trabajo se realiza en la Constitución a través de tres instrumentos íntimamente conectados: el reconocimiento de los sindicatos libres e independientes (arts. 6 7 y 28.1 CE), de la negociación colectiva (art. 37.1) y de la autotutela colectiva (28.2 y 31.2), fundamentalmente en forma de derecho a la huelga.

La segunda característica mencionada deriva igualmente del art. 37.1 CE que reconoce el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, imponiendo al legislador el deber de garantizar ese derecho así como la fuerza vinculante de los convenios. Este reconocimiento de la negociación colectiva como fuente de derechos y obligaciones entre las partes de una relación de trabajo implica necesariamente la aceptación de su papel tanto como mecanismo de distribución, en su fundamental papel de determinación salarial y constituye la vía constitucionalmente aceptada para la articulación del poder entre los sujetos antagónicos que conforman el pacto capital-trabajo, teniendo así un carácter de institución política (Maestro, 2002). Volveremos sobre estas cuestiones al hablar de cómo la reforma de 2012 incumple estos mandatos constitucionales.

El tercer pilar del bloque de laboralidad es la interiorización y la aceptación de la desigualdad intrínsecamente presente en la relación de trabajo y, por tanto, del necesario carácter compensador del ordenamiento laboral, derivado del compromiso constitucional por conseguir no ya la igualdad formal sino la sustancial o real (art. 9.2 CE) (Baylos, 1991). Así, no puede olvidarse que la integración del derecho al trabajo en la

Constitución va más allá del art. 35.1, que lo reconoce, y debe entenderse conformado tanto por el mandato de promoción de la igualdad real y efectiva que impone el art. 9.2 CE a los poderes públicos, como por el reconocimiento del ejercicio de los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo (Martín Valverde, 1983).

En este sentido, recordaba el TC que "...la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha tradición... De todo ello deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el Derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales..."

Se integra así el reconocimiento de la desigualdad en el texto constitucional buscando su *corrección* pero en ningún caso su *eliminación*, puesto que el propio reconocimiento de la libertad de empresa en el mismo nivel que el derecho al trabajo conlleva la voluntad de mantener el sistema de producción y de diferenciación entre capital y trabajo.

En efecto, el artículo 38 de la Constitución Española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, señalando que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Este reconocimiento juega un papel limitador y es a la vez limitado del resto de derechos que reconoce la Constitución. Así, por un lado, como todo derecho fundamental, encuentra

sus demarcaciones en el resto de derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos evidentemente la libertad sindical, el derecho al trabajo y el derecho a la negociación colectiva. Por otro lado, no puede olvidarse que además de los límites externos que la libertad de empresa encuentra en el "bloque de laboralidad", la misma se enmarca en tres parámetros fundamentales, que juegan en la interpretación del derecho. El primero de ellos es la actividad de los poderes públicos, que afecta a la libertad de empresa tanto desde la perspectiva de la regulación normativa de la misma como desde el reconocimiento de la actividad de los poderes públicos en la economía. El segundo es el propio marco que le imponen a la economía de mercado los condicionantes derivados de la fórmula de Estado social. Además, el propio art. 38 condiciona el derecho al establecer el mandato a los poderes públicos para garantizar el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad "de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación".

Así, reflejo de las tensiones que caracterizan al sistema económico constitucionalizado, la libertad de empresa se conecta con dos grupos de disposiciones aparentemente opuestas: por un lado, con la libertad general de contratación, o principio de autonomía privada y con el derecho a la propiedad privada; por otro, con las facultades de intervención pública en la economía y con los compromisos sociales y orientaciones genéricas respecto a la evolución del ordenamiento así como con el derecho al trabajo y especialmente con la libertad sindical (arts. 1.1, 9.2, 35.1, etc...)

La libertad de empresa debe por tanto convivir con los demás derechos constitucionales y con las normas que los desarrollan, particularmente, debe relacionarse pacíficamente con la libertad sindical y con el derecho al trabajo. Para ello, se reconoce, y así se regula en el propio Estatuto de los Trabajadores, que de la libertad de empresa se derivan una serie de potestades del empresario, los poderes de dirección que se ven limitados a su vez limitados por la acción conjunta del reconoci-

miento de la igualdad como valor fundamental y de la ostentación por el trabajador de los derechos fundamentales, individuales y colectivos, que la Constitución le reconoce (Valdés, 1992).

Este contenido constitucional, aun siendo una versión edulcorada del Estado Social, circunscrito por una economía de mercado que limita y a cuyas exigencias se acomoda, consecuencia de las características de nuestra transición, no puede desatenderse. Se trata de mínimos irreductibles, de líneas rojas que imponen un especial rigor para el legislador, que debería mantener tanto el equilibrio del pacto como una orientación legislativa hacia la nivelación por arriba, protegiendo las "conquistas sociales reconocidas". En este sentido, el Tribunal Constitucional ya señaló en su sentencia 81/1982 que "Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas".

Todos estos principios fundamentales han sido cuestionadas a golpe de reforma laboral, provocándose reforma tras reforma una involución social que, con el último asalto realizado mediante el RDL 3/2012, ha traspasado las líneas rojas del modelo constitucional desconfigurando completamente las relaciones laborales en el estado español y rompiendo los pilares fundamentales de la "constitución del trabajo".

3. LA INVOLUCIÓN SOCIAL A TRAVÉS DE LA REFORMA PERMANENTE

El nuevo marco constitucional señalado hacía prever progresos en el plano material dentro de las relaciones de trabajo.

Sin embargo, la realidad fue distinta, produciéndose una involución social, que atacaba en primer lugar a los niveles de protección de los trabajadores en el plano individual para cebarse más recientemente en el ámbito de los derechos colectivos. El instrumento de ataque han sido las 52 reformas laborales, mediante las que de hecho se ha colocando al derecho del trabajo en un "estado de emergencia normativa", exceptuándose así el respeto de los principios constitucionales señalados.

Toda reforma laboral persigue un objetivo entre tres posibles. En primer lugar, una reforma laboral puede dirigirse al cambio del modelo de relaciones laborales en un momento de cambio político, tal y como sucedió entre la Código de Trabajo de 1926 y la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 o entre ésta y el Fuero del Trabajo de 1938 o entre la legislación franquista y la Constitución de 1978 y con todas las normas que rodearon a estos grandes normas que sirvieron como parámetro del "antes y después"; en segundo lugar, una reforma laboral puede servir como instrumento para un cambio de sistema económico o un retoque o profundización del mismo mediante la alteración de distribución del poder en la empresa; por último, la tercera posibilidad, más modesta, es que la reforma laboral se utilice para retocar instituciones laborales con el fin de conseguir mejorar su funcionamiento (De la Villa, 2010).

Las reformas laborales acaecidas en los últimos treinta años han afirmado, según sus exposiciones de motivos perseguir fundamentalmente este tercer objetivo. Sin embargo, la entidad de algunas de ellas, como la de 1994 y la de 2010 ya implicaba que en realidad, aunque *sotto voce*, era el segundo objetivo el perseguido. Llegada la reforma de 2012, ya no cabe duda de que su voluntad es alterar completamente esta distribución de poder en la empresa, colocando al empresario, como analizaremos más tarde, en el centro del sistema.

Así, el resultado de esta ingeniería legislativa mayoritariamente al servicio de los intereses empresariales ha sido la mutación de los principios inspiradores del derecho del trabajo, en particular de la estabilidad en el empleo y de la función equili-

bradora para colocar la flexibilidad como objetivo prioritario, precarizando la generalidad de las relaciones de trabajo.

En efecto, a golpe de reforma desde 1984, un concepto, la flexibilidad, se ha alzado victorioso sobre otro, la estabilidad en el empleo y su reflejo en el mercado de trabajo ha sido el crecimiento del desempleo; la contención y ahora reducción de las rentas salariales y de las prestaciones sociales de sustitución y la precariedad generalizada por el paulatino aumento de la contratación temporal. Todas estas líneas de tendencia se han reforzado reforma tras reforma siendo expresión más acabada es la reforma realizada en 2012 por el Gobierno del Partido Popular con el Real Decreto Ley 3/2012.

A lo largo de este epígrafe abordaremos desde un punto de vista histórico las continuas reformas, clasificándolas en cinco grandes etapas que van desde 1984 a 2012, a la que debemos añadir una fase previa o de "gestión de la crisis", particularmente intensa, que culminó con el Estatuto de los trabajadores de 1980.

Como paso previo, y antes de realizar un recorrido por las "etapas reformistas" por las que ha transitado del derecho del trabajo hasta la actualidad es conveniente abordar una rápida definición de cuatro conceptos fundamentales: estabilidad en el empleo, flexibilidad, flexiseguridad y precariedad que han marcado los ejes del debate.

3.1. Los ejes del debate

3.1.1. La estabilidad en el empleo

El concepto de mercado de trabajo, como todo mercado, incluye dos realidades simultáneas. Por un lado, el lugar abstracto donde se cruzan la oferta y la demanda de trabajo, por otro, el mecanismo regulador que debe permitir la adecuación entre esa oferta y demanda así como la formación del precio del trabajo. Si la aparición del mercado de trabajo "libre", fue fruto de la ideología liberal y fue regulado por normas distintas al derecho del trabajo, la progresiva institucionalización del

mismo es una plasmación de la evolución de las normas laborales. Las especiales características de la mercancía sobre la que actuaban la oferta y la demanda, los trabajadores, exigieron la construcción de un ordenamiento distinto para regular este mercado, alejándolo en origen de principios básicos liberales e introduciendo instituciones, como la estabilidad en el empleo, contrarias *per se* a la libre acción de la empresa en el mercado. (Jeammaud, 2007).

La estabilidad en el empleo limita por tanto la libertad de empresa y esto se justifica por el universalmente aceptado principio de que "el trabajo no es una mercancía", incluido en la Declaración de Filadelfia de 1919. El contenido de la estabilidad en el empleo se ha concretado tradicionalmente en medidas legales como la limitación del periodo de prueba, los procedimientos de variación de las condiciones de trabajo en la empresa, la exigencia de causa para la contratación temporal y para la extinción del contrato de trabajo.

Todas estas medidas tienden a limitar la voluntad de las partes del contrato, en particular del empresario, para proteger el empleo estable como parte del mismo "derecho al trabajo". El propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 22/1981 afirmaba que "el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente.

En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma".

Con este fundamento constitucional, la estabilidad en el empleo tiene dos acepciones (Pérez Rey, 2004): por un lado, se entendería como la "regla según la cual la relación laboral debe ajustar su duración a la propia del trabajo que viene a satisfacer sin que le sea posible al empresario poner fin a la misma, a no ser que concurra causa justa"; por otro, entenderíamos por estabilidad la "regla de ordenación de la duración de los contratos de trabajo, en virtud de la cual éstos deben durar lo más posible, fijada esta posibilidad por las circunstancias objetivas del trabajo en el que se empeñan los servicios del trabajador".

Ambos aspectos de la estabilidad en el empleo fueron objeto de debate durante la crisis económica de los setenta, cuando desde el discurso dominante se apuntaba a la estabilidad en el empleo como el origen del descenso de la productividad y competitividad empresarial y del aumento del costo del trabajo. En particular, se criticaba la rigidez y los costes impuestos por la regulación de la extinción de los contratos, con el consiguiente desincentivo para las contrataciones indefinidas y el aumento de los problemas de las empresas para solucionar sus problemas económicos (Baylos, 2004).

El debate bebía de la antinomia clásica entre la necesidad de garantizar los ingresos para la supervivencia "estable" de la mano de obra, que le permitiera el consumo continuado y la maximización de los beneficios empresariales como objetivo perfectamente defendible en un contexto de libertad de empresa. Y la balanza, en un momento de crisis económica, se inclinaba ya tempranamente hacia la "necesidad" de reconsiderar el principio de estabilidad en el empleo como vía, demostrada palmariamente errónea, para salir de la crisis económica.

Nacido en las postrimerías de la crisis económica de los setenta, el Estatuto de los trabajadores de 1980 incorporó el principio de estabilidad en el empleo de manera débil y matizado con excepciones, que han sido utilizadas como brechas para transitar hacia la paulatina desaparición del principio, culminada con la reforma de 2012.

3.1.2. La flexibilidad

Para analizar el concepto de flexibilidad podemos aproximarnos desde tres puntos de vista, en primer lugar, la llamada "flexibilidad de inspiración liberal" que perseguiría la "desregulación radical del mercado de trabajo, mediante la supresión pura y simple de la legislación tuitiva de condiciones mínimas, y mediante el recorte de los poderes de los sindicatos"; en segundo lugar, la flexibilidad basada en el liberalismo colectivo, con la consabida compensación de los recortes en seguridad individual con un aumento de las facultades colectivas y en tercer lugar la flexibilidad llamada de ajuste o de adaptación a las crisis económicas, que sitúa al derecho del trabajo en una posición de elemento amortiguador, dirigido a compensar y disminuir el efecto de los choques de la crisis, pero sin llegar a la desregulación (Martín Valverde, 1986).

Los tres modelos planteados, que evidentemente derivan de posiciones ideológicas distintas, han interactuado en las distintas fases de la construcción de la flexibilidad en el ámbito europeo y particularmente en el español. El punto de partida ya lo hemos mencionado, la idea de que la estabilidad en el empleo contribuía tanto al bienestar de los trabajadores como al desarrollo económico se abandonaba en la crisis, no sólo económica, de la década de los setenta. Frente a los beneficios de la estabilidad se consideraba probado que el mercado "exigía y necesitaba" la adaptabilidad de la mano de obra a las condiciones de la demanda, siendo la tónica general el desplazamiento de las medidas de índole individual al plano colectivo, con la valoración de los niveles de empleo en su conjunto.

De la necesaria adaptación derivaba el concepto de flexibilidad, que ha sido profusamente utilizado con muy diversas acepciones y en función de muy diversos objetivos. Es posible encontrar el término de flexibilidad para hacer alusión a la "empresa flexible", al "trabajador flexible", a la "producción flexible", o las "relaciones laborales flexibles" o incluso a los "mercados flexibles" (Valdés, 1999).

Bajo el término flexibilidad se incluyen por tanto desde la originaria flexibilidad salarial a diversas formas de flexibilidades internas, numérica (sobre la organización y distribución del tiempo de trabajo) y funcional (cambio de tareas, polivalencia, formación interna, etc.) y a diversas formas de flexibilidad externa, funcional (subcontratación, ETT, formación fuera del trabajo, etc.) o numérica (extinciones o suspensiones de contratos de trabajo)" (Rodríguez-Piñero, 2010).

De manera paralela a los ámbitos que delimitábamos respecto de la estabilidad en el empleo, la flexibilidad puede afectar tanto a las normas que regulan la contratación temporal como a las que regulan la utilización de la mano de obra ya contratada, en cuanto a la organización del trabajo en cuestiones de movilidad funcional y movilidad geográfica, así como a las normas que regulan el despido.

Se diferencia así la "flexibilidad externa", referida a la capacidad de la empresa para realizar contrataciones, despidos, externalizar su producción, o recurrir a la cesión de trabajadores por medio de las Empresas de Trabajo Temporal; de la "flexibilidad interna", que alude a la capacidad empresarial para alterar las condiciones de empleo inicialmente pactadas con los trabajadores y de la "flexibilidad de salida", relativa al despido.

Sobre estas definiciones teóricas, las virtudes de la flexibilidad se han defendido con ímpetu desde determinadas instituciones internacionales, ligándola a las "nefastas consecuencias" de la rigidez en los mercados de trabajo, sobre todo a partir de los años ochenta. Por rigidez se entendía el conjunto de medidas que configuraban el contenido antes mencionado del principio de estabilidad en el empleo.

Este era el sentido en el que apuntaba el informe de la OCDE de 1986, momento en el que el término adquiría particular protagonismo. Según éste, la disminución de las rigideces de los mercados laborales sería beneficiosa para el crecimiento económico y para la creación de empleo. Esta dicotomía entre rigidez o estabilidad en el empleo, concepto negativo desde el

punto de vista económico, y flexibilidad, como potencial, se ha mantenido y es claramente apreciable en los indicadores respecto de los mercados laborales que derivan de instituciones internacionales de importancia tales como la OCDE o el Banco Mundial.

Los indicadores OCDE sobre protección del empleo son una compilación de 21 ítems que cuantifican los costes y procedimientos relativos a los despidos individuales o colectivos y a las contrataciones temporales. En la actualización de 2008 se incorporaron aspectos como la influencia de las intervenciones administrativas o el derecho de los trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal de cobrar un salario equivalente a los trabajadores de las empresas a las que son cedidos. La puntuación final obtenida por cada país es la suma de tres subíndices que cuantifican respectivamente los costes de los despidos individuales de trabajadores con contrato indefinido; la regulación de la contratación temporal y los costes adicionales de los despidos colectivos.

En este subíndice se cuantifican los periodos de tiempo añadidos, los procedimientos y las notificaciones adicionales a aquellas que se deben realizar en el caso de despidos individuales. Según este índice en 2008, los Estados con una protección del empleo más estricta son Turquía, Luxemburgo y México (situados entre el 3.2 y el 3.5). En el extremo opuesto se encuentran los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda. Por su parte, Alemania, Francia y España se encuentran en el tercio mayor del índice (<http://www.oecd.org/dataoecd/42/4/42768860.xls>). Curiosamente, el mayor grado de protección de España respecto de otros países deriva fundamentalmente de la supuesta rigidez en la regulación de la contratación temporal, aun cuando España tiene el mayor grado de temporalidad de todos los países señalados, lo cual indica que pese a esta supuesta rigidez el nivel de fraude existente en nuestro mercado de trabajo respecto de la contratación temporal enerva completamente la eficacia de las normas de control de la temporalidad.

Otro indicador internacional que mide la "rigidez" de los mercados de trabajo es el realizado por el Banco Mundial bajo el nombre de *Doing Business* (<http://www.doingbusiness.org/rankings>) trata de un ranking en el que se incluyen 183 países, ordenados según su facilidad para "hacer negocios" en ellos, encabezado por Singapur y cerrado por Chad (el ranking más alto corresponde a la regulación más permisiva y viceversa). Los indicadores utilizados para elaborar el ranking son: la regulación de la contratación (las restricciones a la contratación temporal, los mínimos salariales); la regulación de la extinción del contrato de trabajo (los procedimientos de consulta, aprobación o notificación de los despidos individuales y colectivos, las obligaciones de recolocación, las restricciones para la selección de trabajadores despedidos o para el reempleo); los costes económicos de los despidos (compensaciones, indemnizaciones y preavisos) y la regulación del tiempo de trabajo.

Según el índice *Doing Business 2012*, el Reino Unido ocupa el lugar número 7, habiendo bajado dos puestos desde 2009, Alemania ha subido del 23 al 19, Francia se coloca en el 29 y España ha bajado en rigidez, pasando del 51 en 2009 al 44 en 2012, evolución que coincide con el aumento imparable del desempleo.

Las críticas a este índice han sido contundentes, poniendo en evidencia las deficiencias conceptuales y metodológicas (Lee, McCann, Tor, 2008). En particular, uno de los argumentos de partida, el que afirma que las normas laborales constituyen un obstáculo para el crecimiento y el desarrollo económico y que la reglamentación de las relaciones de trabajo entraña desventajas para los actores implicados, ha sido abundantemente contrarrestado en numerosos estudios.

Frente al análisis que se realiza en estos informes, es necesario diferenciar la flexibilidad de la mera desregulación y realizar una valoración de la rigidez no desde el número de normas que regulan una institución determinada sino de los efectos que las normas producen sobre las decisiones estratégicas de los empresarios (Valdés, 1999), p. 23). Lo contrario, la aproxima-

ción de los índices señalados, es siempre simplista, por cuanto ignora otros fundamentales condicionantes como es la cultura empresarial y deja de analizar las relaciones entre las distintas fuentes que regulan las relaciones laborales, que como es bien sabido ya no se basan únicamente en el principio de norma mínima.

3.1.3. La flexiseguridad

Sobre la base de la dialéctica entre seguridad en el empleo y flexibilidad, desde finales de la década de los noventa viene cobrando fuerza en Europa el discurso de la *flexiseguridad*, derivado de la afirmación de la necesidad de crear un equilibrio en el mercado de trabajo, para reducir la dualidad y conseguir una combinación entre las medidas flexibilizadoras y aquella orientadas a evitar la precariedad, dar seguridad, a los trabajadores.

Con origen danés y holandés, la flexiseguridad se ha definido como "Estrategia política que persigue, de manera sincronizada y deliberada, fortalecer, de un lado, la flexibilidad en el mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales y, de otro, la seguridad, tanto en el ámbito del empleo como en el de la protección social, a favor de los trabajadores, señaladamente de los trabajadores pertenecientes a grupos vulnerables dentro y fuera del mercado" (Wilthagen). Evidentemente, el contenido del término se vincula muy estrechamente a las condiciones de cada país, pudiendo utilizarse para definir modelos incluso contrarios pero que pueden llegar a producir resultados similares (Valdés, Lahera, 2010).

Los documentos relativos a la política de empleo europea pronto integrarían este discurso, que justifica la flexibilización del mercado de trabajo a cambio de estrategias que protejan al trabajador en las transiciones entre distintos empleos y no en el puesto de trabajo, en un momento de bonanza económica. En 2007, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de junio, ya fue titulada "Hacia los prin-

cipios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", considerándose expresamente este instrumento como una vía idónea para crear puestos de trabajo de mejor calidad.

El propio texto de la Comisión indicaba que el punto de partida de la construcción que proponía el documento era la buena situación del empleo y las perspectivas positivas que se tenían de su futura evolución. Partiendo de esta valoración, que pronto se demostraría falsa, el texto propone la adopción de medidas de flexiseguridad, entendiendo la misma como "una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral". En concreto, la flexiseguridad tendría cuatro pilares: la flexibilidad y la protección de las disposiciones contractuales; las estrategias globales de aprendizaje a lo largo de la vida; las políticas activas del mercado laboral que resulten eficaces y los regímenes modernos de seguridad social.

Según los documentos de la Unión Europea, por un lado, "la flexibilidad hace referencia a los avances logrados (transiciones) en el curso de la propia vida: del colegio al trabajo, de un empleo a otro, del desempleo o la inactividad al trabajo y del trabajo a la jubilación. No se limita a la mayor libertad de las empresas para contratar o despedir y no implica que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos. Alude a la progresión de los trabajadores hacia mejores empleos, a la "movilidad ascendente" y al desarrollo óptimo del talento.

Asimismo, la flexibilidad es característica de una organización del trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar la producción, y es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas. Por seguridad, por otro lado, no sólo se alude a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo: se trata de equipar a las personas con las capacidades que les permitan progresar en su vida laboral y ayudarlas a encontrar un nuevo empleo. Pero también se trata de ofrecer unas prestaciones de desempleo adecuadas para

facilitar las transiciones e incluye, por último, oportunidades de formación para todos los trabajadores, especialmente los poco cualificados y los de más edad".

No cabe duda de que detrás de esta construcción había una tendencia ideológica clara, expresada igualmente en el Libro Verde "Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI". Así, este texto parte de la consideración de que el ordenamiento laboral es un mero instrumento puesto al servicio exclusivo del buen funcionamiento del orden económico, del mercado, lo cual anula el carácter transaccional. Además, en el libro se evidencia la valoración negativa que se tiene del derecho del trabajo, afirmándose las ineficiencias de los ordenamientos, en términos económicos, de las que se deriva la necesidad de modernizar los mismos (Valdés, 2010). De nuevo, se parte de la base de que la rigidez que implican las normas laborales es disfuncional a la economía o a la maximización del beneficio empresarial, por lo que deben flexibilizarse.

En cualquier caso, la discusión acerca de la flexiseguridad y de sus vías de implementación fue prontamente eclipsada por la realidad de la crisis económica. El relato de la misma es bien conocido. Desde principios de 2008, las consecuencias de la crisis financiera y económica se dejaban sentir con especial intensidad en los mercados de trabajo de Estados Unidos y en Europa. La crisis económica era utilizada, una vez más, como argumento para exigir la reforma de estos mercados de trabajo, que ya se enfrentaban a la gestión de los profundos cambios provocados por la recomposición del tejido productivo, la profundización de la división internacional de actividades, los cambios tecnológicos, la redistribución de la mano de obra entre actividades productivas y servicios.

Curiosamente, la reforma de 2012 retoma este concepto en su exposición de motivos, aunque como veremos posteriormente, en el contenido de la norma es imposible encontrar atisbos de la "seguridad" quedándose plenamente en un ejercicio de flexibilidad máxima.

3.1.4. La precariedad

Es por último necesario introducir la definición de este un concepto que ha venido siendo profusamente utilizado, ligado a la evolución de la flexibilidad del ordenamiento laboral. La precariedad, como fenómeno laboral y social, consiste en un aumento de la vulnerabilidad de los trabajadores como consecuencia de las relaciones que definen la continuidad y el control de su trayectoria profesional. Ello comporta un incremento de la inseguridad, dependencia y vulnerabilidad del trabajador, tanto en lo que se refiere a la estabilidad del empleo como a la calidad de las condiciones de trabajo. La precarización reduce la capacidad y autonomía de los trabajadores para planificar y controlar su vida profesional y social, a la vez que comporta una acusada asimetría de las relaciones de poder entre capital y trabajo que definen la relación laboral.

La doctrina sociológica ha distinguido cuatro dimensiones de la precariedad: en primer lugar, la inseguridad sobre la continuidad de la relación laboral, incluyéndose tanto los contratos temporales como los indefinidos en momentos de crisis económica; en segundo lugar, la degradación y vulnerabilidad de la situación de trabajo, con el paulatino aumento del poder del empresario para variar las condiciones de trabajo; en tercer lugar se encuentran las cuestiones relativas a la reducción paulatina de los salarios, incluyéndose aquí el problema del trabajo a tiempo parcial; evidentemente, y en último lugar, las fórmulas de precarización antedichas provocan una reducción de la protección social para el trabajador, particularmente la restricción en el acceso a las prestaciones por desempleo y jubilación (Cano, 1996).

Tras esta breve definición de cada uno de los conceptos que han sido utilizados para fundamentar las diferentes etapas reformistas, es posible abordar el recorrido por los momentos que han marcado la involución social en España respecto de los derechos de los trabajadores.

3.2. *El preludio de las reformas: un Estatuto de los Trabajadores nacido en la crisis económica*

El Estatuto de 1980, enormemente influenciado en su nacimiento por la nueva situación política y muy especialmente por la crisis económica, efectuó un recorte de los derechos individuales de los trabajadores, que se justificó políticamente en ese momento con dos argumentos: el primero, mantenido por patronal y gobierno, sostenía que durante el Franquismo se habían abultado estos derechos y se había construido un mercado de trabajo rígido, para encubrir la violación de derechos colectivos. Junto a esta argumentación, se utilizó la crisis económica como pretexto para proceder a un "necesario" recorte de los derechos laborales individuales. Así, esta norma que ha sido la base del modelo de relaciones de trabajo que tenemos en la actualidad, ya incorporaba elementos flexibilizadores, y en ella se abría la puerta al fomento del empleo por la vía de la contratación temporal, la flexibilización del mercado de trabajo (en el sentido de la desregulación y liberalización del mismo), la revalorización de la movilidad profesional de la fuerza de trabajo con el aumento de las facultades empresariales de ordenación y modificación de la prestación de trabajo, la moderación salarial, la disminución del volumen de normas mínimas no dispositivas en la regulación de la relación individual de trabajo o la apertura de espacios para la negociación colectiva a nivel de empresa.

Más allá de estas vías de apertura a la temporalidad y a la flexibilidad, el Estatuto incluía, o al menos así se afirmó durante los debates que precedieron a su aprobación, algunos de los pilares básicos derivados del marco constitucional que hemos desarrollado en los epígrafes anteriores.

Es interesante transcribir la intervención del Ministro de Trabajo en la defensa ante el Congreso de los Diputados de la norma de 1980, en cuanto a las finalidades del Estatuto: "El Estatuto de los Trabajadores tiene una finalidad genérica, ya

apuntada, en la creación de un nuevo marco de relaciones laborales, pero tiene, además, dos finalidades concretas: primera, fomentar el empleo; segunda, conceder la mayor autonomía posible a los interlocutores sociales, a trabajadores y empresarios, a sindicatos y a asociaciones empresariales. Obviamente el Estatuto no va a terminar con el problema del empleo, pero sí que, continuando las variables en la misma situación en que están ahora, el Estatuto va a paliar ese problema y va a fomentar –y esto se explica científicamente– la creación de empleo. En un momento en que la crisis de empleo es grave, es profunda y es extendida; en un momento en que la solución a esa crisis no depende de los propios Gobiernos, porque hay variantes exógenas; en un momento en que no se ve la solución del problema del empleo, ni siquiera a medio plazo, es importante reflexionar unos minutos sobre la potencialidad de creación de empleo del Estatuto que ahora debatimos" (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Sesión de 11 de diciembre de 1979, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_051.PDF).

Por otro lado, es igualmente interesante recordar que en su redacción original el Estatuto de los Trabajadores de 1980 contaba con un Preámbulo que no llegó a ser aprobado. En el mismo se afirmaba que el modelo laboral constitucional se apoyaba en tres pilares: la contraposición de intereses en el mundo del trabajo, la autonomía colectiva y el otorgamiento al Estado de la correspondiente potestad normativa en materias laborales. Incluía también aquel texto no nato referencias al ámbito personal del ET (trabajadores por cuenta ajena en empresas públicas y privadas), a la evolución de la situación social desde la Revolución industrial, la superación de la rigidez anterior y la justificación del modelo de negociación colectiva adoptado, etc. (Sagardoy, 2000).

Parecen por tanto claras dos cuestiones: por un lado, que en el Estatuto de 1980 los pilares básicos de la regulación de la relación de trabajo eran tres: el reconocimiento del conflicto de intereses; la asunción del papel de los trabajadores como colec-

tivo y la importancia de la intervención estatal. Por otro lado, que con la nueva regulación se superaban las *rigideces* anteriores propias de la época franquista.

Tras 52 reformas laborales, los tres pilares, código genético del derecho del trabajo, que han sido el objeto del ataque de la mayoría de las reformas que ha sufrido el Estatuto de los Trabajadores, han quedado completamente desdibujados y ha sido precisamente la supuesta necesidad de "superar la rigidez", ya sobrepasada en los ochenta, el fundamento de esta ofensiva contra los derechos de los trabajadores individuales y colectivos.

3.3. Fase primera:

la temporalidad como estrategia normativa

La primera etapa reformista abarca el periodo entre 1984-1994, unos años donde se articularon respuestas normativas que se pretendieron coyunturales antes la crisis económica y del empleo pero que en algunos puntos, los que han provocado el elevado índice de temporalidad en nuestra estructura laboral, han perdurado hasta la época actual. En efecto, la apertura de la vía al Gobierno para dictar medidas de fomento del empleo provocó la utilización desordenada y extensiva de la contratación temporal como herramienta de fomento del empleo lo que implicó una variación sustancial de la composición del mercado de trabajo que ha llegado hasta nuestros días. De hecho, ya a mediados de los ochenta, se afirmaba que el modelo laboral mantenía "en el plano general un trato de favor del contrato indefinido continuamente desmentido por las normas" (Casas, 1984)

Así, durante esta fase y bajo la supuesta imposición derivada de las urgencias de la crisis se transitaba, en un reducido lapso de tiempo, desde un modelo de preferencia por el contrato de duración indeterminada a la opción contraria, la coyuntura se convirtió en norma y la temporalidad en la regla general en la contratación. Nacía de esta manera la ya famosa "dua-

lidad" del mercado de trabajo, derivada de la expansión de la contratación temporal, que afectaba fundamentalmente a los jóvenes y los situaba frente a trabajadores de mayor edad y empleos más estables.

El principio de esta época, como en todas las que señalamos, se fija en una reforma, la realizada por la Ley 32/1984. Esta reforma tuvo dos objetivos fundamentales, el primero, el más importante, fue "la adaptación del marco institucional que regula el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía española, tras la crisis económica del último decenio, [...] en orden a conseguir que las perspectivas de un crecimiento económico futuro, más sustancial que el de los últimos años, se traduzcan en la creación del mayor número de empleos posibles, objetivo fundamental y prioritario del programa del Gobierno". Para ello, se reformaba el ET para conseguir, según la exposición de motivos de la norma, "reducir la incertidumbre empresarial de las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario ajuste de la demanda a las características de la oferta de trabajo (...) facilitar la inserción de jóvenes trabajadores y la vuelta de trabajadores desempleados a puestos de trabajo generados por el proceso productivo".

En la ley 32/1984 se daba carta de naturaleza a las figuras del contrato de lanzamiento de actividad y al contrato temporal de fomento del empleo. También éste fue el momento del fomento del trabajo a tiempo parcial, con la supresión de las restricciones del ámbito subjetivo del art. 12 del antiguo ET, pero más allá de una utilización autónoma y en interés de una mejor adaptación a las necesidades de algunos trabajadores, como parecía derivarse de las Exposiciones de Motivos de las normas de la época que ensalzaban las bondades del tiempo parcial, esta figura se convirtió en un subproducto de la temporalidad y en una vía más hacia la precariedad, siendo a la vez fuente de inestabilidad y de insuficiencia salarial.

Las consecuencias de la temporalidad pronto se harían notar: la desvinculación entre el trabajador y la empresa, afec-

tando por un lado a la inversión en su formación y por otro al ejercicio de sus derechos colectivos en el plano empresarial; la recarga en los costes de protección social y los efectos discriminatorios, al recaer la temporalidad como norma general sobre mujeres, jóvenes e inmigrantes (Alfonso, 2010).

El segundo e igualmente bien conocido objetivo de la ley 32/1984 fue la adaptación del ET a las disposiciones de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, modificando un amplio elenco de preceptos. A partir de este momento se sucedieron reformas de menor envergadura aunque en cantidad considerable, orientadas a cuestiones muy concretas, con la adición, supresión o modificación de artículos determinados del ET, hasta que en 1994 se produjo una profunda reforma orientada a situar el objetivo de la flexibilidad en el centro del sistema.

3.4. Fase segunda:

la flexibilidad como estrategia normativa

Con la constatación de las consecuencias negativas de la temporalidad se abrió la segunda etapa con la macro-reforma de 1994. En aquel momento el fantasma de la dualización del mercado de trabajo y de la precariedad ya era bien conocido y la solución que se ofreció, demostrada palmariamente errónea con el paso del tiempo, fue un cambio de paradigma, asumiéndose la cultura de la flexibilidad ya no sólo en la entrada, con la expansión de la contratación temporal, sino especialmente en su faceta interna, relativa a la fijación de las condiciones de trabajo y a la de salida, facilitándose y abaratándose el despido, todo ello mediante la reducción del acervo de normas de derecho mínimo y la transferencia de competencias entre ley y convenio.

Fueron tres las leyes de fundamental importancia mediante las cuales se cambió el modelo de relaciones de trabajo: la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas urgentes de fomento de la ocupación; la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores,

del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y la Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan la Empresas de Trabajo temporal.

La primera de las normas repetía la argumentación utilizada en 1984 "La gravedad de la situación económica y su incidencia en el mercado de trabajo concede prioridad a la necesidad de acometer, de manera decidida y urgente, la reforma de las relaciones laborales con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo. [...] Es imposible ignorar que para recuperar la senda del crecimiento económico y mejorar la competitividad de las empresas, como base imprescindible del mantenimiento y de la creación de empleo, junto a medidas de carácter estrictamente económico, es necesario abordar la reforma del marco de relaciones laborales, para, salvaguardando el necesario equilibrio de quienes las protagonizan, permitir con su intervención la permanente adaptabilidad a las circunstancias cambiantes de los procesos productivos y las innovaciones tecnológicas". Las medidas concretas seguían igualmente la senda de las anteriores dirigidas a "optimizar las posibilidades de colocación existentes, favorecer la inserción laboral de los jóvenes sin formación profesional específica o sin experiencia laboral o posibilitar el trabajo de un mayor número de personas".

La segunda de las normas, la ley 11/1994, se planteaba de nuevo desde el objetivo de la creación de empleo. Su Exposición de Motivos justificaba la necesidad de la reforma, fundamentándose en la importancia que para el empleo tiene "el contar con una regulación laboral que, al mismo tiempo que cumple su finalidad fundamental de garantía de la posición de los trabajadores en la relación laboral, proporciona a las empresas instrumentos para una gestión de los recursos humanos que incida favorablemente en la buena marcha de aquéllas". Consideraba el legislador que los cambios económicos acaecidos desde 1980 requerían un cambio normativo, sublimándose ahora de nuevo la función de transaccional del derecho del tra-

bajo, cuya modificación tenía como objetivo en este momento "fortalecer nuestra economía a través de una mejora de la competitividad de las empresas españolas".

Por añadidura, en esta introducción la norma se mostraba admonitoria, al señalar que la no adopción de criterios de "adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral, en la regulación estatal y en la negociación colectiva, el esquema de garantías para los trabajadores inherente al Derecho del Trabajo irá apareciendo cada vez más como una regulación puramente formal, que no sólo no sirve para proteger el empleo existente sino que abre una brecha cada vez mayor entre ocupados y desempleados". Las transformaciones económicas se plantean así como imperativos para la definición de políticas económicas y la regulación del mercado de trabajo. Más aun, se partía de una afirmación, tenida como irrefutable y que ha calado en el imaginario social hasta nuestros días: el mercado de trabajo español es rígido y es fuente de rigidez, lo cual requiere una flexibilización de sus instituciones. Por rigidez se entendía tanto la estabilidad en las condiciones de trabajo, esto es, los procedimientos para la modificación de las mismas por voluntad del empresario, como las garantías frente al despido.

Por su parte, la Ley 14/1994 se ocupaba de la regulación de las empresas de trabajo temporal, sin hacer mención en su preámbulo a la crisis del empleo. En cambio, esta norma procedía a indicar de nuevo con carácter apodíctico, la necesidad de aceptar las empresas de trabajo temporal como una realidad de nuestro tiempo, aceptada en los países de nuestro entorno y que iba a conllevar beneficios para la mano de obra en tanto en cuanto, para los trabajadores "constituye un mecanismo importante para acceder a la actividad laboral y familiarizarse con la vida de la empresa, posibilitando además una cierta diversificación profesional y formación polivalente, a la vez que, en determinados casos, facilita a ciertos colectivos un sistema de trabajo que les permite compaginar la actividad laboral con otras ocupaciones no productivas o responsabilidades familiares". La finta argumentativa no escondía el objetivo de utilizar las ETTs

como instrumento para "canalizar un volumen muy importante de empleo".

Se trataba, sin duda de la reforma más importante desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, sólo superada por la reciente reforma de 2012. Su elemento característico y diferencial radicaba en el enfoque utilizado, en la voluntad de modificar las normas laborales desde una visión económica, tratando al trabajo como factor de producción cuya reforma es necesaria para asegurar la productividad de la empresa y la adaptación de la misma a las exigencias de la economía. El derecho del trabajo se sometía a examen y crítica para evitar su *disfuncionalidad* entendiendo por ésta su posible repercusión como desincentivo de la contratación (Rodríguez-Piñero, 1994). Así, la reforma se llegaba a entender como un producto necesario de los tiempos que le había tocado vivir a los derechos de los trabajadores.

El contenido concreto de la gran reforma puede dividirse en tres grandes partes. Por un lado, la orientada hacia una supuesta voluntad de control de la contratación temporal conjugada con la flexibilización de las condiciones de trabajo. En 1994 el fantasma de la dualización del mercado de trabajo y de la precariedad ya era conocido. Con una tasa de temporalidad del 33 por 100, parecía necesario abordar una reforma general del mercado de trabajo y en esta línea la Ley 11/1994 afirmaba partir de dos hipótesis, de dos objetivos, que debían mantenerse simultáneamente, por un lado, la recuperación de esa causalidad y por otro lado la adaptabilidad de los contratos para permitir una mayor flexibilidad de la mano de obra y adaptabilidad de las empresas a las necesidades de la economía.

Sin embargo, el resultado que se plasmó en su articulado no fue coherente con este planteamiento, sino más bien el paso de una legislación decididamente permisiva respecto de la contratación temporal a otra de carácter más dúctil que pasaba el papel protagonista a la negociación colectiva (Escudero, 1997). Además, la voluntad flexibilizadora fue trascendiendo de la puerta de entrada de la contratación laboral para impregnar

todos y cada uno de los momentos de la relación de trabajo, pavimentando una senda cuya mayor expresión ha sido la reforma laboral de 2012.

En esta línea, las leyes de reforma mencionadas afectaron, con esa tendencia flexibilizadora, a cuestiones fundamentales tales como la supresión de la mediación pública en la contratación, la admisión y regulación de las empresas de trabajo temporal, las modalidades de contratación temporal y la regulación del contrato de aprendizaje, la promoción del trabajo a tiempo parcial o los procedimientos modificación de las condiciones de la prestación individual de trabajo, eliminándose igualmente, como un símbolo de rigidez, la intervención administrativa en el desarrollo de las modificaciones de las relaciones individuales de trabajo y facilitándose el despido objetivo.

Se plasmaban así, ya en 1994 las líneas que acabarían años después con el contenido del principio de estabilidad en el empleo (Goerlich, 2008). En particular, se afectaba especialmente al despido objetivo, el fundamentado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, institución sobre la que pesaban las acusaciones más fuertes de rigidez, y que antes de esta reforma el ET exigía la autorización administrativa para poder ser efectuado. En este momento se revisan las causas que podían motivar este despido, distinguiendo entre las económicas y el resto y desligando las últimas de la existencia de pérdidas. El tiempo demostraría que esta necesidad de pérdidas efectivas en la empresa, que ya se reducía en esta reforma, acabaría desapareciendo incluso para las causas económicas.

Debe recordarse que en aquella reforma pervivió la autorización administrativa únicamente en los casos de despido por causas económicas en su vertiente colectiva, eliminada con la reforma de 2012. Y pervivió porque, tal y como se afirmaba en la exposición de motivos, esta intervención era un requisito previo a un determinado tipo de despidos quedaba justificada por la afectación a los intereses generales, económico sociales, que trascendían de la propia relación de trabajo individual.

En el plano del despido disciplinario, no se abordaron con esta reforma las instituciones sustantivas, aunque entre las modificaciones, además de las técnicas, es posible encontrar una plasmación de la voluntad de *flexibilizar* la institución, mediante la rebaja de sus costos. Se procedía a una rebaja del ámbito de la nulidad, facilitando la subsanación de los defectos formales y a una reducción de los costos del despido por la vía del establecimiento de la posibilidad de reconocer la improcedencia en el momento de la conciliación administrativa, procediendo a la consignación posterior de la indemnización. Con esto, como es sabido, el empresario se ahorraría los salarios de tramitación posteriores al momento de la conciliación.

No puede perderse de vista que en lo relativo a la flexibilización de entrada, la que se vincula a la contratación, la flexibilidad se conseguía, paradójicamente, mediante la deslegalización de los límites que antes se contenían en el Estatuto a favor de la negociación colectiva (Escudero, 1997). Paralelamente, se acometía una reforma de la negociación colectiva que afectaba tanto al establecimiento de nuevas reglas en materia de descuelgue salarial, de sucesión de convenios colectivos, de concurrencia, de ultractividad y de aplicación e interpretación de los convenios (Sala, 2010).

Se conseguía de esta manera un cambio de paradigma, afectándose al papel del derecho del trabajo como "ejecución del programa normativo del Estado Social", sublimando el vínculo económico frente a cualquier otro y reforzando la funcionalización del derecho del trabajo a las exigencias de la economía. Ninguna de estas pautas ha sido corregida con posterioridad, al contrario, en la práctica totalidad de las reformas posteriores se ha profundizado en ellas, con las excepciones que pasamos a comentar, llegando al límite de la ruptura de este programa normativo del Estado Social con la reforma de 2012.

Pero antes de avanzar en la siguiente fase reformista, la que se ha dirigido en concreto a facilitar y abaratar el despido, es interesante atender a las modificaciones normativas con las que

se pretendió rectificar algunos aspectos de este cambio de paradigma, siendo especialmente destacable la reforma de 1997.

Con tres años de diferencia, la diferencia más notable entre esta reforma y la anterior reside en su condición de "legislación negociada" al encontrarse los tres acuerdos interconfederales de 1997 (AIEE, AINC y AICV, pactados entre CCOO, UGT y CEOE) en las bases de las leyes 63/1997 de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida y la 64/1997 por la que se regulan incentivos en materia de seguridad social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, ambas de 26 de diciembre.

Ciertamente, la Ley 63/1997 de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida partía del reconocimiento de una situación que no se había plasmado en las normas anteriores: "el contexto actual se caracteriza por la alta tasa de desempleo existente en nuestro país (22 por 100 de la población activa), así como por la temporalidad (34 por 100) y rotación de la contratación laboral que tiene graves efectos sobre la población trabajadora, el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social".

Su carácter de norma pactada le permite reconocerse como producto de la preocupación social existente, afirmándose en su Exposición de motivos que su objetivo es tanto la lucha contra el paro como, y aquí está la novedad, contra la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos, potenciando en particular la generación de empleo estable". Fija como objetivos específicos esta norma la potenciación de la contratación indefinida, el favorecimiento de la inserción laboral y la formación teórico-práctica de los jóvenes, la delimitación de los supuestos de utilización de la contratación laboral, especialmente los temporales más usados y la mejora del marco de la protección social del trabajo a tiempo parcial.

En esta línea la reforma actuaba rectificando situaciones provocadas por la norma anterior eliminando la autorización al

Gobierno para utilizar la contratación temporal como medida de fomento del empleo (*ex art. 17.3 ET*, aun cuando manteniéndola para colectivos específicos); derogando el contrato de lanzamiento de nueva actividad; modificando la regulación de los contratos formativos, del tiempo parcial y de los contratos temporales (obra, eventual e interinidad), reforzando su causalidad; se introdujo el ahora bien conocido contrato de fomento de la contratación indefinida y se invitó al Gobierno a adoptar medidas para la incentivación del empleo estable.

Es evidente que la flexibilidad se extendía aquí a confines más amplios que la temporalidad, abriendo la puerta a la flexibilidad de salida, abaratando de manera indirecta y para colectivos muy determinados la extinción del contrato por voluntad del empresario. La vía ya bien conocida fue la aparición de una nueva modalidad contractual con costes de despido inferiores, el contrato de fomento de la contratación indefinida. Con él, se rebajaba indirectamente la cuantía de las indemnizaciones que corresponden a los despidos por causas objetivas, si bien, y de ahí el pacto con los agentes sociales, con los límites claros de su orientación de fomento del empleo de colectivos con especiales dificultades y con voluntad transitorias. Ambas cuestiones se demostrarían falsas pues ni la transitoriedad ni la delimitación de su ámbito subjetivo fueron mantenidas, convirtiéndose en el contrato estrella de las reformas de 2001 y 2010.

Las vías enunciadas de flexibilización se mantendrían en las dos reformas siguientes, sobre las que se ha afirmado su carácter continuista con la línea anterior. En la Ley 29/1999, ligaba la utilización de las ETT's a los supuestos del art. 15 ET, ampliando su radio de actuación. Por su parte, la ley 12/2001 incidía en la configuración de la contratación temporal, mediante la transposición de la Directiva 1999/70, añadiendo la figura del contrato de inserción y reformando los contratos formativos y el tiempo parcial.

También es necesario mencionar que la preocupación por el fraude que evidentemente existía, y existe, respecto de la contratación temporal se plasmó en la reforma de 2001, aunque

con una carencia de voluntad o de acierto técnico del legislador que en lugar de incorporar medidas preventivas se conformó con la técnica reparadora, imponiendo límites al encadenamiento de contratos bajo la amenaza al empresario de acabar convirtiendo el contrato de trabajo temporal en uno indefinido (Valdés, 2010).

Sin dejar de ser importantes las últimas reformas señaladas debe acordarse de que desde 1997 hasta el 2010 no se había acometido otra reforma de calado global. De nuevo la crisis económica y de nuevo la crisis del empleo eran utilizadas por el gobierno del partido socialista a adoptar de nuevo sin que la respaldara un pacto entre los agentes sociales, una reforma, materializada en el RDL 10/2010 de 16 de junio, convertido en la ley 35/2010 de 17 de septiembre.

3.5. Fase tercera:

la inestabilidad como estrategia normativa

Esta tercera fase del estado de reforma permanente al que se ha sometido a la regulación de las relaciones de trabajo abarca fundamentalmente las dos últimas reformas de la segunda legislatura del gobierno del Partido Socialista, las de julio de 2010 y agosto de 2011, ambas comparten fundamentación y objetivos, siendo complementarias en la producción de inestabilidad en el mercado de trabajo y sin que ninguna de ellas coadyuvara a la creación de empleo.

La reforma de 2010, penúltima intervención de carácter general del gobierno del partido socialista en materia laboral, recibió una oleada de críticas, siendo calificada una reforma "intempestiva, transitoria, anodina y nebulosa" o de "galería de los disparates". Con esos adjetivos se evidencian algunas de las características más llamativas de la norma como fue su origen –el recurso a un Real Decreto Ley, evitando el trámite parlamentario para la adopción de la norma tras la falta de consecución de un acuerdo entre Gobierno y agentes sociales–, su complejo y desordenado contenido –con abundante recurso a las

disposiciones transitorias y un evidente desapego entre motivos reconocidos para reformar y medidas adoptadas-, y la falta de tratamiento de aspectos respecto de los cuales se estimaba necesaria una reforma.

Según la exposición de motivos de la norma, la causa que motivó la reforma, como en los casos anteriores, fue la masiva destrucción de empleo. Por ello, sus objetivos generales, siempre según la justificación incluida en la propia ley, eran contribuir a la reducción del desempleo (en un momento en el que la tasa de desempleo superaba el 20%) e incrementar la productividad de la economía española. Para ello la norma señalaba tres objetivos concretos: la corrección de la dualidad del mercado de trabajo, la promoción de la estabilidad en el empleo (con una tasa de temporalidad del 25% a finales de 2009) y el incremento de la flexibilidad interna.

La necesidad de acometer estos objetivos se vinculaba en esta justificación con la crisis económica, aun cuando de manera secundaria. Efectivamente, en esta ocasión el legislador reconocía el ligamen directo del problema del crecimiento del desempleo con la crisis económica, apuntando a continuación su vínculo con la estructura del mercado de trabajo español, justificando así la necesidad de su reforma. En particular, se detectan en la norma rasgos del mercado de trabajo que "no han conseguido eliminar" las reformas anteriores y que coadyuvan a la destrucción de empleo, cuales son la elevada tasa de temporalidad, la falta de flexibilidad interna y una insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo, así como la persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo, en particular el empleo de mujeres, personas con discapacidad y desempleados de más edad.

Para lograr estos objetivos con la reforma se trataron un amplio elenco de cuestiones: contratación temporal y control de la contratación sin causa; contratos formativos, perfeccionamiento de las figuras de formación y prácticas; ampliación del ámbito subjetivo del contrato de fomento de la contratación indefinida; ampliación de las posibilidades de movilidad y de

modificación de condiciones de trabajo por voluntad del empresario; establecimiento normativo del procedimiento de reducción de jornada ante situaciones de crisis empresarial; cambio en la regulación del despido por causas económicas y empresariales; modificación del régimen de regulación de las empresas de trabajo temporal y reconocimiento de la actuación de las empresas privadas de colocación; reordenación de las políticas de fomento del empleo mediante reducciones en la cotización de los empresarios a la Seguridad Social; perfeccionamiento de las reglas sobre igualdad y tutela antidiscriminatoria; modificación en la regulación de la incapacidad y en materia de absentismo laboral (Cruz, 2010).

Junto a estos contenidos, la reforma incluía "instrumentos de flexibilización transversales", como la modificación de las reglas de intervención de los representantes de los trabajadores en ausencia de la representación legalmente establecida como necesaria; el fomento de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos; la precisión de la facultad sancionadora de la Autoridad Laboral así como de su intervención en las extinciones colectivas, etc...

No puede olvidarse que, como mínimo elemento de compensación, la reforma laboral de 2010 introdujo tímidos avances en pos de la reducción de la temporalidad y de la precariedad laboral, como una mejora en la limitación del encadenamiento de contratos temporales, que ya derivaba del 2006, o una reforma, para ajustarlos a su naturaleza, de los contratos formativos.

En poco más de un año, las medidas adoptadas por la reforma de 2010 fueron complementadas en agosto de 2011 por la última reforma del gobierno socialista, realizada a través del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. Con esta norma se rectificaban precisamente los dos puntos tendentes a la estabilidad en el empleo y

la dignificación del trabajo de los jóvenes, permitiendo el encadenamiento de contratos temporales sin límite y creando un nuevo contrato para menores de treinta años, el contrato para la formación y aprendizaje, convertido en el paradigma del contrato basura.

Es interesante analizar conjuntamente las modificaciones que provocaron ambas normas pues sobre ellas se ha construido la macro reforma de 2012, llevada a cabo ya por el Partido Popular. Trataremos en primer lugar la facilitación del despido y en segundo lugar los instrumentos que facilitan la precarización de los ya precarios.

3.5.1. La inestabilidad a través de la facilitación del despido

El despido constituye sin lugar a dudas la expresión más acabada de la violencia permitida al empresario en el ámbito de las relaciones de trabajo. Como argumentaban Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey, el despido priva a la persona de un conjunto de derechos ligados al trabajo, que se constituye hoy en día como puente que permite el disfrute de derechos básicos de integración socio económica, pero también familiar y cultural. Por añadidura, y como señalaba claramente Sennett, en la sociedad occidental el trabajo es considerado como un factor clave para el desarrollo del carácter y la constitución de identidades personales y de grupo (Sennett, 2005), siendo fundamental para ello la estabilidad en el empleo y la posibilidad de entender las relaciones de trabajo en el largo plazo.

Sin embargo, bajo el paradigma neoliberal de las relaciones de empleo, el despido se banaliza y la confianza en el largo plazo se rompe, con las consiguientes consecuencias sobre la vida de los trabajadores que son pasadas por alto a la hora de valorar la configuración de la institución del despido. Así, con la asepsia de las normas, el despido aparece valorado en exclusiva en sus costes económicos, convirtiéndose en una herramienta de gestión más en manos del empresario, que puede utilizarlo para maximizar su beneficio, perdiendo por tanto su carácter de última solución o de sanción más grave dentro de la

empresa. El antiguo principio "el trabajo no es una mercancía" se rompe, convirtiéndose al trabajador en mera energía productiva que el empresario puede manejar como un objeto más de su propiedad.

Pero además de las consecuencias que sobre la persona del trabajador tiene esta banalización del despido, la misma quiebra con los parámetros jurídicos que enmarcan la extinción de la relación de trabajo. En efecto, ya señalamos anteriormente que el Tribunal Constitucional había incluido dentro del principio de estabilidad en el empleo la exigencia de causalidad del despido, esto es, en el derecho a no ser despedidos sin justa causa (Sentencia 22/1981 de 2 julio).

Esta causalidad se integra en la misma esencia del contrato de trabajo, que no puede ser finalizado por el empresario sin justa causa, salvo durante el periodo de prueba. En esta fase probatoria, por un plazo delimitado del tiempo en función de las características del trabajador y de los objetivos de la modalidad contractual, se reconoce el libre desistimiento a ambas partes de la relación de trabajo con el objetivo de permitir le mutuo conocimiento y valorar lo adecuado de la contratación.

Más allá de este periodo, la finalización contractual por voluntad del empresario requiere la existencia de una causa. De no tenerla, o no demostrarse como suficiente, el ordenamiento jurídico reacciona teniendo el despido como antijurídico y extrayendo consecuencias. Desde el punto de vista teórico, estas consecuencias serán más o menos contundentes dependiendo del nivel de reconocimiento del principio de estabilidad, que va en declive, pero que en general se pueden dividir en dos reacciones: la declaración de la ineficacia o nulidad del despido con la necesaria readmisión del trabajador y/o la sanción al empresario configurada como indemnizaciones compensatorias o punitivas a favor del trabajador.

Pero la causalidad no deriva de la configuración normativa española en exclusiva sino del propio Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España y que en su art. 4 del Convenio 158 establece que "no se pondrá

término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". Conforme indicó la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, el art. 4 establece el "principio fundamental de la justificación", exigiendo para toda terminación del contrato por voluntad del empresario la existencia de algún motivo relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Bordeando esta normativa internacional, la senda hacia la banalización del despido se ha venido pavimentando desde mediados de la década de los noventa, aun cuando las reformas que afectaron de manera fundamental al principio de causalidad fueron las de 2002 y 2010. Posteriormente, el golpe de gracia definitivo, la consagración del despido como herramienta de la gestión cotidiana de la empresa, la quiebra del mandato internacional y constitucional de la causalidad del despido llegaría con la reforma de 2012.

Fue precisamente la Ley de Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, Ley 45/2002, de 12 de diciembre, la que se encargó de crear el llamado "despido exprés", actuando sobre los salarios de tramitación. Con esta reforma, del Partido Popular, se permitía que el empresario evitara el pago de la totalidad de los salarios de tramitación si reconocía que estaba despidiendo sin causa justa, esto es, incumpliendo la ley, y abonaba al trabajador la indemnización en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido. Esta modalidad de despido se ha convertido con los años, como indica la propia exposición de motivos del RDL 3/2012, en la vía habitual para la destrucción de puestos de trabajo, con la consiguiente instrumentalización del mismo según los exclusivos intereses empresariales.

Como señalamos, la reforma de 2010 partía de la base, paradójica sin duda, de que la promoción de la contratación indefinida puede realizarse modificando, facilitando, las condi-

ciones para la extinción de las relaciones de trabajo, incluyendo una batería de medidas orientada a evitar cualquier interpretación judicial reductiva de las causas del despido así como la reducción de la intensidad del control sobre las decisiones económicas de las empresas en este terreno (Goerlich, 2010).

En efecto, con la reforma de 2010 la extinción del contrato indefinido ordinario se modificaba en tres puntos fundamentales. En primer lugar, la norma facilitaba ligeramente el uso por las empresas del despido objetivo por absentismo, modificando el art. 52.d ET al reducir a la mitad la exigencia de concurrencia de absentismo en la plantilla, pasando del 5% al 2.5 %.

En segundo lugar, la ley 35/2010, daba una nueva redacción al régimen causal del despido económico y al control de las decisiones empresariales: eliminando la diferenciación entre las causas del despido objetivo y las del despido colectivo, con el reenvío de los arts. 52 c) al 51.1 ET; ampliando la noción de causa económica, dotándola de un evidente carácter abierto e introduciendo las "pérdidas previstas" como una de las causas; incorporando en el texto del art. 51.1. ET los criterios jurisprudenciales que definían las causas técnicas, organizativas y de producción reformando los procedimientos de extinción tanto del despido objetivo como del colectivo, esto es, reduciendo el periodo de preaviso del 53.1.c) ET 30 a 15 días, eliminando la nulidad por razones formales en el despido objetivo y modificando el procedimiento del expediente de regulación de empleo en tres aspectos: facilitándolo en empresas donde no exista representación de los trabajadores, convirtiendo el plazo mínimo de 30 días en un plazo máximo (art. 51.4 ET) y reduciendo el plazo de la administración para autorizar la extinción o impugnar en el caso de que haya acuerdo en el periodo de consultas (art. 51.5 ET).

Además de estas medidas, la actuación sobre los costes del despido se acomete por otra vía, ya acentuada en la reforma del 2001, ampliándose las posibilidades de utilización del contrato de fomento de la contratación indefinida. En efecto, la reforma introducía una doble ampliación del ámbito subjetivo de esta

figura contractual, por un lado, se ratifica la posibilidad de la actuación de un despido exprés, es decir, del reconocimiento de la improcedencia del despido, beneficiándose igualmente de una indemnización reducida; por otro lado, y más importante, se amplía el ámbito subjetivo del contrato de manera que el empresario puede recurrir al mismo para contratar a cualquier trabajador que llevara un año registrado como demandante de empleo; por último se establecían de nuevo vías de conversión de los contratos temporales a esta modalidad contractual.

Cerrando estas modificaciones, encuadrada dentro de la voluntad de facilitar el recurso empresarial a la extinción, la norma planteaba una "socialización de los costes del despido", mediante la reforma de la actuación del FOGASA y el avance de la futura constitución de un Fondo de capitalización, que nunca llegó a ver la luz.

3.5.2. La inestabilidad por la vía de precarizar al precario

Partiendo de la base de la reforma de 2010, que había popularizado el contrato de fomento de la contratación indefinida cuya principal virtud era rebajar la indemnización por despido, el Real Decreto Ley de 26 de agosto de 2011 adoptaba como mediada estrella el llamado "nuevo contrato para la formación y el aprendizaje". La novedad de esta fórmula contractual es muy relativa, por cuanto su regulación es en buena medida similar al antiguo contrato de formación, siendo sus destinatarios los jóvenes que no posean la cualificación necesaria para poder acceder a un contrato en prácticas. Cambia fundamentalmente su duración, entre dos y tres años y se amplía la edad máxima para realizarlo hasta los 30 años. Con este contrato, la jornada laboral se reduce a un 75%, quedando el resto como horas de formación, incluso para obtener el título de graduado en ESO. El principal problema es que no existe, hasta el momento, un desarrollo reglamentario de este régimen de alternancia entre formación y trabajo y, sobretodo, que el salario de estos trabajadores, que normalmente no pasa del salario mínimo interprofesional (641.40 euros), se ve reducido de

manera proporcional a la jornada trabajada, lo cual implica que es posible llegar a los 30 años cobrando un 75% del SMI, esto es, 481.05 euros mensuales. Las cifras hablan por sí mismas.

Más grave todavía fue la eliminación del art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, dirigido a limitar el encadenamiento de contratos temporales. Dejando sin límite la posibilidad de que un trabajador ocupe *ad eternum* un mismo puesto de trabajo sin llegar a tener nunca un contrato indefinido, alternando todas las formas posibles de contratación temporal encadenadas.

Es bien cierto que en la nueva reforma se introducen otras cuestiones dirigidas al fomento del empleo, bonificando las cuotas empresariales a la seguridad social en los contratos formativos, sin duda los más precarios, o a mantener la protección social de las personas en situación límite, como la prórroga de la ayuda para la recualificación profesional de las personas que agoten la protección por desempleo. También se trata, como primer punto de esta nueva reforma, la creación del fondo individual de capitalización, que fue uno de los mandatos que la Ley 35/2010 enviaba al Gobierno. Reconociendo la falta de viabilidad de esta propuesta, largamente criticada durante la tramitación de la norma del año pasado, la nueva norma prorroga la actuación del FOGASA limitándola, a partir del 2012, a los despidos procedentes. Aún cuando cada una de estas medidas sea en sí misma positiva en cuanto a la protección puntual de la situación de los empresarios y de los trabajadores, todas ellas no tienen capacidad de ser más que meros parches a los defectos estructurales creados a golpe de reformas laborales efectuadas a rebufo de cada nueva crisis económica.

4. Y todo esto ¿para qué?

Como se ha ido señalando, la práctica totalidad de las reformas importantes han tenido como objetivo la reducción del desempleo y de la temporalidad, incidiendo para ello fundamentalmente en la regulación de los contratos de duración

determinada, en los procedimientos de modificación de las condiciones de trabajo y en la configuración del despido. Los datos de desempleo y de temporalidad en 2012 corroboran, sin lugar a dudas, que el impacto del conjunto de medidas anteriores en el plano real, sobre el empleo ha sido escaso e incluso contraproducente.

La cultura empresarial de la temporalidad, que se arraigó profundamente gracias a la puerta que abrió la ley 12/1984 vinculando la temporalidad al fomento del empleo, se ha mantenido intacta, sólidamente convertida en la estrategia empresarial más recurrente para la gestión de los costes sociales. Por otro lado, las actuaciones reforzando la flexibilidad de salida no han obtenido el resultado que explícitamente se esperaba de ellas: incentivar la contratación indefinida, coadyuvando en cambio a un aumento de la utilización de la institución de los despidos improcedente y objetivo, lo cual contribuye, sin duda, en el crecimiento del desempleo.

Así, es inevitable reconocer que la precariedad se ha convertido en atributo del mercado de trabajo español. Las formas precarias de empleo han dejado de ser atípicas para convertir a los trabajos inestables y de mala calidad en la regla general. La erosión de los derechos laborales, individuales pero también colectivos y los malos resultados generales del mercado de trabajo, manteniéndose las cotas de desempleo, indican que las medidas flexibilizadoras, respecto de los contratos temporales, de las condiciones de trabajo y del despido, no han funcionado. Pero los malos resultados de estas medidas no han implicado un cambio de rumbo en el sentido de buscar rutas alternativas, tan sólo un viraje dentro del mismo concepto.

Esta incapacidad, o falta de voluntad, para cambiar de rumbo ya se demostró con las reformas de 2010 y 2011. Las mismas se seguían moviendo en el ámbito de la flexibilidad, continuando con la voluntad de control de la temporalidad pero acometiendo de manera más decidida la flexibilidad interna y de salida, dotando a la voluntad del empresario de un mayor peso en la relación laboral. La institución del despido se

funcionalizaba, como ya dijimos, al mercado de bienes y servicios, no ya la de trabajo, siendo prioritarios en la discusión los principios de libertad de empresa y beneficio empresarial frente a la situación personal del trabajador despedido, hasta el punto que la institución ha perdido sus connotaciones socialmente negativas, para convertirse en un "hecho social irrelevante" (Baylos, Pérez Rey, 2009)

Ambas reformas implicaban la retorsión del derecho del trabajo para forzarlo actuar, una vez más, como elemento amortiguador de las consecuencias de la crisis financiera y del modelo de producción. De esta manera, nos encontramos ante la paradoja de que las instituciones laborales, acusadas de ser disfuncionales en términos de crecimiento económico, se han volvían a retorcer, a metamorfosear, en un sentido que, demostrado está, refuerza la tendencias a cuya rectificación dicen dirigirse las reformas.

Y no podían ser eficaces las medidas porque las mismas eran, por torpeza o por voluntad, manifiestamente erróneas respecto de los objetivos planteados. A través de las mismas se le estaba pidiendo al derecho del trabajo una función que no está en su código genético, porque si el derecho del trabajo no nació sólo para proteger a los trabajadores, desde luego tampoco se conformó para conseguir una maximización de los beneficios empresariales.

La tendencia a la creciente recuperación de ámbitos de poder empresarial, reforzada con la última reforma de 2010, no ejemplifica, evidentemente una función transaccional sino una ampliación del desequilibrio. En este sentido, es necesario recordar que aun aceptando que la elasticidad es un atributo natural del derecho del trabajo, éste tiene necesariamente un núcleo duro, que no puede mutarse sin cambiar su propia entidad.

Y esta mutación, esta pérdida de identidad, ha sido finalmente alcanzada. La situación del mercado de trabajo, la ineficacia de las medidas anteriores y una decidida ofensiva neoliberal decidida a conseguir una devaluación salarial generaliza-

da ha armado una nueva y brutal reforma, realizada mediante el Real Decreto Ley 3/2012 que, esta vez sí, ha dinamitado las bases fundamentales del derecho del trabajo, dejando irreconocibles las instituciones basilaes como son, o eran, la estabilidad en el empleo y la causalidad en el despido. A su análisis, a su crítica y al planteamiento de alternativas dedicamos los siguientes capítulos.

III

El fin del derecho del trabajo y el nacimiento del derecho del emprendedor: la reforma laboral de 2012

El pasado 10 de febrero el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que constituye la expresión más significativa y acabada de la política legislativa enderezada a la hiper-flexibilización y desregulación de las relaciones laborales en nuestro país. Ciertamente, el contenido de la norma evidencia la plena alineación del Gobierno con los intereses económicos y empresariales dominantes, alumbrando una reforma neoconservadora que constituye el mayor retroceso en la protección de los trabajadores desde el advenimiento de la democracia.

Nuestro análisis se orienta fundamentalmente a situar el RDL 3/2012 en un escenario de conjunto, identificando las concretas opciones de política jurídica que han inspirado al legislador. Como podrá advertir el lector, esta síntesis puede efectuarse con relativa sencillez, sin pecar por ello de superficialidad, realizando una lectura sistemática de ciertos artículos y proponiendo algunas hipótesis sobre el verdadero alcance de la intervención legal que se analiza. No pretendemos así tratar la reforma laboral de 2012 con carácter exhaustivo, abordando todos sus puntos, sino profundizar en las cuestiones que desde nuestro punto de vista tienen un mayor impacto en la vida diaria de las y los trabajadores.

Como señalábamos al principio, la estrategia que sigue la norma es clara y demoledora: por un lado se acomete una profunda devaluación salarial, sobre salarios ya de facto en involución, por la vía de la amputación de la capacidad colectiva de negociar el precio del trabajo y por tanto de la individualización

del trabajador frente al empresario; por otro, se consigue la sumisión del trabajador, ya precarizado en cuanto a salario y prestaciones sociales, bajo la continua amenaza del despido libre o poco indemnizado, en una situación de desempleo masivo.

Para conseguir el primer objetivo, la devaluación salarial y la individualización del trabajador frente al poder del empresario, el gobierno promueve y facilita la atomización de la autonomía colectiva, fraccionando así su poder y afectando al equilibrio mismo de las fuentes del Derecho del Trabajo y de los sujetos implicados en las relaciones laborales. En efecto, la reforma consagra el protagonismo de la negociación colectiva en el seno de la empresa y procura un desplazamiento de las unidades de contratación hacia los ámbitos inferiores, es decir, hacia las empresas, que se convierten en el principal y casi exclusivo centro de decisión en materia de relaciones laborales.

El segundo pilar de la reforma se centra en el despido, facilitando la ejecución del mismo hasta el punto de convertirlo en una opción más del abanico de posibilidades de gestión la empresa, ignorando así las consecuencias que el despido conlleva en la vida de las y los trabajadores. El vínculo entre la desregulación del despido y la devaluación salarial es claro, mediante la amenaza del primero y en una situación de desempleo masivo se coloca al trabajador en la *fatal choice*, quedarse sin trabajo, en el mejor de los casos con una indemnización cada vez menor, o aceptar unas condiciones salariales miserables.

Como tercer pilar, orientado a la consecución de una clase trabajadora más precaria y por tanto con menos capacidad de reacción y contestación frente a los ataques a sus derechos y a los restos del Estado del bienestar, la reforma afecta a los contratos más precarios: el contrato para la formación y aprendizaje y el tiempo parcial, sin mejorar la regulación de los contratos temporales estructurales. Atacando a estas dos formas de contratación se produce un empeoramiento al máximo de las condiciones de trabajo de jóvenes y mujeres, sujeto mayoritario del contrato a tiempo parcial, desnaturalizando ambas figuras y poniendo la precarización como vía de fomento del empleo. El

Gobierno repite así los errores históricos, señalados en los capítulos anteriores, que han coadyuvado a la generación de un mercado de trabajo caracterizado por la precariedad y la temporalidad.

1. UNA REFORMA AL SERVICIO DE LA DEVALUACIÓN SALARIAL

El submarino (Daas Boot, 1981), clásica película dirigida por Wolfgang Petersen, narra las peripecias de una tripulación alemana atrapada en un submarino que resulta alcanzado por un torpedo enemigo durante una escaramuza de la II Guerra Mundial. Incapaz de mantenerse a flote, la nave se hunde hasta alcanzar el lecho marino, iniciándose una carrera contrarreloj para reparar el buque antes de que se agote el oxígeno. Esta claustrofóbica historia ilustra perfectamente la situación de nuestro país tras el colapso del patrón crecimiento que ha caracterizado a la economía española durante las últimas cuatro décadas. El estallido de la burbuja inmobiliaria y la crisis económica internacional han asestado el golpe de gracia al modelo productivo heredado de la dictadura, provocando crecientes oleadas de desempleados que hacen presagiar un grave choque social de amplitud desconocida en nuestra sociedad.

Enfrentado a la necesidad de regresar a la superficie antes de que se acabe el oxígeno, y ante la imposibilidad de acometer una devaluación monetaria por la pertenencia al euro, el Gobierno del Partido Popular ha hecho suyos los principios más extremos del llamado neoliberalismo, impulsando un violento ajuste salarial para elevar la tasa de explotación y evitar que se detenga abruptamente el proceso de acumulación. La reforma de la negociación colectiva contenida en el RDL 3/2012 se encuentra al servicio de esta finalidad principal, como paladinamente reconoce la Exposición de Motivos de dicho texto legal: según su tenor literal, las modificaciones operadas en este subsector del ordenamiento laboral pretenden "facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de

trabajo a la productividad y competitividad empresarial", creando las condiciones para que la economía española "pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores".

No es éste momento ni lugar para rebatir los peregrinos argumentos que, en el decir del legislador, justifican esta reforma legislativa, pero no está de más recordar que el ajuste salarial auspiciado por el Gobierno aleja cualquier posibilidad de recuperación económica y agrava las repercusiones de la ola destructiva que está asolando el país. Como es sabido, las políticas de ajuste contraen la demanda agregada y dificultan la creación de empleo, sumiendo a la economía española en un pozo sin fondo de estancamiento y depresión. Además, se refuerza el protagonismo de aquellos sectores que poseen bajos costes laborales y una menor productividad asociada, lo que probablemente impida una reducción significativa del grave déficit comercial que sufre la balanza de pagos, debido al menor valor añadido que poseen las exportaciones en dichos sectores.

El primer epígrafe del presente Capítulo se limita a analizar aquellos aspectos del RDL 3/2012 que guardan una relación directa con el pretendido ajuste salarial, por ser esta materia la que en mayor medida provoca tensiones y desencuentros en el proceso de reforma de la legislación laboral. Este golpe de timón, mucho más profundo de lo que parece a primera vista, tiene cuatro ejes vertebradores que dotan de consistencia y solidez al programa gubernamental: en primer lugar, la promoción de los acuerdos de descuelgue adoptados en las empresas, con la intención manifiesta de dispositivizar el régimen laboral pactado en los convenios supraempresariales; en segundo lugar, y con la misma finalidad, el otorgamiento de absoluta prioridad aplicativa a los convenios de empresa; en tercer lugar, la limitación de la ultraactividad del convenio colectivo tras la finalización de su plazo natural de vigencia; y, por último, la inclusión de la cuantía salarial entre las materias susceptibles de modificación sustancial de las condiciones de trabajo a través del procedimiento contemplado en el artículo 41 ET.

En general, puede afirmarse que el *leitmotiv* de la reforma laboral aprobada por el Gobierno es limitar o reducir los costes asociados a la contratación de trabajadores, propiciando una importante reestructuración del reparto de poder entre las partes de las relaciones laborales que sitúa al empresario como única fuente real del contenido del contrato. Como tendremos ocasión de observar, esta reestructuración se articula fundamentalmente, pero no exclusivamente, a través de la "empresarización" de la negociación colectiva, que supone la derogación parcial de los convenios estatutarios en los niveles empresariales de negociación, posibilitando su adaptación al ámbito de la empresa en función de las circunstancias. La opción legislativa efectuada en favor de estas posibilidades negociales obligará a replantear los estudios clásicos sobre negociación colectiva, pues afectan significativamente a la autonomía colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios, dotando al empresario de mayores márgenes de actuación.

Somos conscientes de que los aspectos que hemos mencionado no agotan el elenco de problemas que plantea la reforma de la negociación colectiva (y del artículo 41 ET), pero creemos que aportan alguna luz sobre las líneas maestras que han inspirado al legislador en la modificación del marco jurídico vigente que regula las relaciones laborales en nuestro país. Por otra parte, nuestra aproximación se limita a efectuar un comentario crítico-divulgativo de las diversas opciones de política legislativa reflejadas en el texto, admitiendo que algunas consideraciones tienen un carácter puramente tentativo al versar sobre cuestiones que serán objeto de debate y reflexión por parte de la academia jurídica a un nivel más bajo de abstracción.

1.1. El descuelgue laboral tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012.

Uno de los varios significados que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española atribuye al término "descolgar" es el de "marginarse, apartarse de una ideología, de

una línea de comportamiento, de un ambiente o de un acuerdo". En consonancia con esta acepción, en el ámbito jurídico-laboral se equipara la expresión "descuelgue" a la posibilidad contemplada por el ordenamiento jurídico de modificar las condiciones de trabajo establecidas en un convenio, especialmente las salariales, mediante acuerdos concluidos en el ámbito de la empresa sobre la base de causas excepcionales y a través de un procedimiento más o menos formalizado (Baylos, 1995).

Históricamente, el ordenamiento laboral ha contemplado con desconfianza esta posibilidad, que pone en cuestión la eficacia normativa atribuida a los convenios colectivos regulados en el Estatuto de los Trabajadores. Recordemos brevemente que la cualidad más relevante de los convenios estatutarios se halla precisamente en su carácter normativo, que se deduce de lo dispuesto en los artículos 37.1 CE y 82.3 ET, así como de la regulación de las fuentes de la relación laboral contenida en el artículo 3.1 ET. El primero de estos preceptos reconoce y ampara "la fuerza vinculante de los convenios", cuyo valor normativo descende directamente de la Carta Magna. Por su parte, el artículo 82.3 ET proclama solemnemente que los convenios estatutarios "obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia", lo que supone extender sus efectos a un determinado ámbito profesional (enseñanza, minería, construcción, etc.) con independencia de la afiliación o no de los trabajadores a las organizaciones pactantes.

Por tanto, el convenio colectivo es una verdadera norma jurídica y, como tal, sujeta a su imperio los contratos de trabajo de las personas incluidas en su ámbito de aplicación, sin necesidad de un acto de recepción procedente de la voluntad individual de los contratantes. Así se desprende del mencionado artículo 3.1 ET, donde se establece que la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo no puede traducirse en la imposición de condiciones "menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos". He aquí uno de los principios axiales de nuestro Derecho Sindical: la

fuerza vinculante de los convenios colectivos, que conviven con las normas estatales en el seno del ordenamiento laboral, participando de los mismos valores y principios organizadores.

Sin embargo, la eficacia inderogable del convenio colectivo no ha sido nunca absoluta, consintiéndose el descuelgue o inaplicación del régimen salarial cuando concurren determinadas circunstancias que ponen en riesgo la viabilidad económica de la empresa. Enfrentado con la posibilidad de que la aplicación del convenio represente una amenaza para la supervivencia empresarial, el legislador abre la puerta a una reducción de costes, condicionando tal posibilidad a la existencia de causa y a la obtención de un acuerdo con los representantes de los trabajadores. Lógicamente, la mayor o menor permisividad del régimen de descuelgue constituye un elemento decisivo para determinar el significado y alcance de esta figura jurídica: una postura excesivamente restrictiva impediría la adaptación de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y podría ocasionar graves perjuicios a las empresas; en cambio, una postura demasiado permisiva pondría en cuestión la eficacia normativa de los convenios colectivos, dejando en manos del empresario la decisión de cumplir las obligaciones contempladas en los mismos.

Pues bien, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, aceleró y simplificó sensiblemente los procedimientos de descuelgue en aquellos casos en los que la situación de la empresa pudiera verse dañada como consecuencia del régimen salarial pactado en convenio, autorizando su postergación cuando no existe representación legal de los trabajadores y apelando a la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias para desbloquear situaciones de conflicto o de paralización de las negociaciones. En la misma línea, el RDL 3/2012 flexibiliza todavía más el régimen jurídico del descuelgue laboral, facilitando de tal modo la inaplicación convencional que desvirtúa la eficacia general de las normas colectivas de carácter sectorial. Como vamos a ver enseguida, dicho texto amplía considerable-

mente el elenco de materias sobre las que se proyecta el descuelgue, que ya no se limita a los aspectos retributivos, y regula de forma muy laxa las causas o motivos que lo justifican, abriendo las puertas a la inaplicación generalizada de los convenios colectivos en la mayor parte de las empresas.

1.1.1. Materias susceptibles de descuelgue

Hasta la promulgación del RDL 3/2012 la única materia susceptible de descuelgue era el régimen retributivo, por entender el legislador que esta variable afectaba intensamente a los costes de producción y, en determinadas circunstancias, podía comprometer el futuro económico de la empresa. Sin embargo, el indicado texto legal extiende el ámbito objetivo del descuelgue laboral a buena parte de las condiciones de trabajo, equiparando las materias sobre las que versa a las que se consideran susceptibles de modificación unilateral por decisión del empresario ex artículo 41 ET. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 82.3 ET, el acuerdo de descuelgue podrá determinar la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Como puede observarse, el elenco temático del artículo 82.3 ET coincide sustancialmente con la enumeración contenida en el artículo 41.1 ET, aunque el legislador de 2012 ha ido un poco más lejos incluyendo las mejoras voluntarias de la Seguridad Social entre las materias susceptibles de descuelgue. Por lo

demás, el contenido concreto de las diferentes materias enumeradas ha sido objeto de una amplia elaboración doctrinal y jurisprudencial cuyo análisis escapa a los objetivos de esta sede. Nos remitimos, para ello, a cualquiera de los estudios que se ocupan, en general, de la problemática del artículo 41 ET, centrando nuestros esfuerzos en las novedades introducidas por el tan citado RDL 3/2012.

Alguna duda suscita, en este contexto, el carácter imperativo o dispositivo que dicha enumeración tiene para la negociación colectiva. Analizando la enumeración contemplada en el artículo 41.1 ET, la mayoría de los autores admiten la posibilidad de que la negociación colectiva introduzca materias distintas de las enumeradas, con base en el principio de libertad negocial de los contratantes. En nuestra opinión, sin embargo, esta postura contradice el tenor literal del artículo 82.3 ET, pues la ausencia de una cláusula genérica que permita introducir cualquier otra materia limita claramente los aspectos susceptibles de descuelgue en el ámbito de la empresa. Desde este punto de vista, la enumeración legal del artículo 82.3 ET, ya de por sí bastante amplia, constituye Derecho necesario e indisponible, insusceptible de modificación por la negociación colectiva. Apoya este criterio el carácter extraordinario que el legislador ha querido dar a los descuelgues laborales, respecto de los cuales ha optado por subrayar la causalidad, exigir acuerdo de empresa y, en nuestra opinión, limitar las materias objeto del mismo.

1.1.2. Principio de causalidad

El artículo 82.3 ET es claro al afirmar que el descuelgue salarial sólo será posible cuando existan "causas económicas, técnicas, organizativas o de producción" que justifiquen la inaplicación del régimen convencional. Por tanto, una de las notas fundamentales de los acuerdos de descuelgue adoptados en el ámbito de la empresa será su carácter causal. En principio, esta solución es coherente con el carácter extraordinario que debería revestir toda modificación de lo ya pactado, so pena de

desvirtuar la eficacia normativa de los convenios colectivos, reconocida en el artículo 37.1 de la Constitución. Sin embargo, los términos utilizados por la norma son extraordinariamente amplios y susceptibles de aplicarse a la mayor parte de las empresas en una situación de crisis como la actual. Observemos detenidamente el planteamiento del legislador en el artículo 82.3 ET:

- a) Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.
- b) Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Ciertamente, si reparamos en los términos utilizados por el legislador para concretar el significado de las causas que habilitan el descuelgue, hemos de admitir que pueden predicarse de la mayoría de las empresas, pues pocas serán las que, por ejemplo, no acrediten en el actual contexto de crisis la existencia de "pérdidas actuales o previstas" o la disminución de su nivel de ingresos o ventas "durante dos trimestres consecutivos". Al ampliar los condicionantes teleológicos de la medida, el legislador otorga al acuerdo de descuelgue absoluta libertad para decidir la inaplicación del régimen pactado en el convenio sectorial, descausalizando el desenganche en el ámbito empresarial y favoreciendo la renegociación de las condiciones de trabajo en cada una de las empresas. O, por expresarlo con mayor cla-

ridad todavía: la nueva terminología legal supone "una apertura extrema a los intereses de rentabilidad empresarial apoyados sobre la gestión de la mano de obra, cuando, por definición, la relación laboral se basa en un modelo de ajenidad en los riesgos de empresa" (Molina, 2012).

En definitiva, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que el legislador ha intentado concretar equiparando las circunstancias motivadoras del desenganche a las causas objetivas que justifican los despidos individuales o colectivos. Desde este punto de vista, el acuerdo de descuelgue se configura como un instrumento para hacer frente a las circunstancias y dificultades de la vida empresarial, alternativo a las medidas extintivas y menos gravoso que éstas.

Por lo demás, entendemos que la naturaleza causal de los descuelgues laborales es indisponible para la negociación colectiva, por las razones que hemos analizado en los párrafos precedentes. Aunque los convenios colectivos pueden concretar las situaciones que amparan la adopción del acuerdo o el procedimiento de acreditación de las circunstancias contempladas en el artículo 82.3 ET, la letra de la ley deja clara la voluntad del legislador de dispositivizar el régimen laboral pactado en convenio, posibilitando su adaptación al ámbito de la empresa en función de las circunstancias. Desde este punto de vista, el establecimiento en un convenio supraempresarial de condiciones tan restrictivas que hicieran impracticable el descuelgue sería abiertamente ilegal y no impediría que los sujetos interesados pactasen el desenganche en el ámbito empresarial.

1.1.3. Contenido y eficacia del acuerdo de descuelgue

De acuerdo con el reformado artículo 82.3 ET, el acuerdo de descuelgue deberá "determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa", lo que obliga a las partes a concretar el régimen de derechos y obligaciones que sustituye al contenido del convenio supraempresarial. Nótese que el precepto transcrito se refiere expresamente a "las nuevas condiciones de trabajo" y no sólo a aspectos retributivos, en

coherencia con la redefinición del ámbito material del descuelgue laboral operada por el RDL 3/2012. Además, ha desaparecido la obligatoriedad de establecer una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones establecidas en el convenio de ámbito superior, acentuando la orientación nítidamente facilitadora del descuelgue como medida de flexibilidad interna de las empresas.

Los acuerdos de descuelgue laboral se suscitan en un concreto ámbito funcional: la empresa. Es la ley quien se refiere expresamente a aquélla al delimitar el área de afectación de esta medida: cuando concurren las causas previstas en el artículo 82.3 ET se podrá proceder a "inaplicar en la empresa" las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo, "sea este de sector o de empresa". Esta última posibilidad, que implica la postergación del régimen laboral establecido en un convenio de empresa, sugiere que el descuelgue puede producirse en unidades menores cuando la situación de crisis o pérdidas se halle muy localizada en determinados centros de trabajo y no en otros. En nuestra opinión, sin embargo, esta opción casa mal con el tenor literal del precepto, que parece exigir la acreditación de las circunstancias justificativas del descuelgue en el ámbito de la empresa.

En cualquier caso, el Estatuto de los Trabajadores guarda silencio sobre la eficacia jurídica y personal de estos acuerdos de empresa. Empero, nos parece razonable atribuirles eficacia jurídica normativa y personal general, pues tales son las características definitorias del convenio supraempresarial derogado por el descuelgue. Otra solución nos llevaría a la paradoja de admitir la afectación de un convenio de eficacia normativa y aplicabilidad *erga omnes* por un acuerdo de empresa de eficacia jurídica contractual y personal limitada a los representados por los pactantes.

Por lo demás, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social será competente para verificar la observancia de estos acuerdos, habida cuenta de su eficacia jurídica normativa, que los coloca de lleno bajo la égida de este organismo.

En cuanto respecta a la vigencia de tales pactos, el RDL 3/2012 ha suprimido el límite máximo de tres años y deja en manos de las partes la determinación del ámbito temporal, "que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa". Los acuerdos de descuelgue, por tanto, tienen una vigencia provisional y se extinguen cuando se negocia un nuevo convenio de aplicación en el ámbito correspondiente. No obstante, puede ocurrir que en el acuerdo de descuelgue se señale un plazo inferior o que desaparezcan las dificultades económicas que lo justificaron, en cuyo caso entendemos que se produciría el vencimiento anticipado de dicho pacto.

1.1.4. Procedimiento de descuelgue

a) Legitimación negocial

El artículo 82.3 ET señala que el descuelgue laboral debe establecerse "por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET". Lógicamente, si los acuerdos de descuelgue son aplicables *erga omnes*, hay que concluir que los sujetos negociadores, por parte de los trabajadores, deberán reunir los requisitos de legitimación exigidos en el artículo 87.1 ET para los convenios estatutarios. Ello significa que sólo pueden negociar estos pactos "el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere", con la previsión expresa de que "sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal". Interesa destacar que la legitimación negocial de ambos paradigmas representativos es alternativa y no acumulativa, a semejanza de la negociación de convenios estatutarios. Tal es la opinión de la doctrina mayoritaria, que se decanta por encomendar al empresario la determinación de los interlocutores que negocian el acuerdo.

El principal inconveniente que suscita este precepto es, desde luego, la inexistencia de representantes de los trabajado-

res en la mayoría de las empresas que deberían aplicar este procedimiento. En efecto, la aversión hacia los sindicatos resulta muy visible en las pequeñas y medianas empresas, que tratan de impedir la constitución de instancias representativas, dificultan su funcionamiento y acosan a los trabajadores afiliados al sindicato, lo que se traduce en una fuerte contracción de la presencia sindical en esas empresas. La doctrina científica ha reconocido esta circunstancia, señalando que se trata de una práctica muy extendida en nuestro tejido empresarial, formado principalmente por pequeñas y medianas empresas que participan de unos valores "poco proclives no ya a la promoción, sino ni tan siquiera a la aceptación del fenómeno colectivo de representación de los trabajadores en las empresas, a la vez que propician otros de alcance puramente individual" (Escudero, 2002).

Por eso sorprende que, en ausencia de representación sindical o unitaria, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, facilitase la aplicación del descuelgue salarial reconociendo facultades negociales a sujetos que carecen de efectiva implantación en el ámbito del acuerdo. A tenor del reformado artículo 82.3 ET, en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores, "éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET". Pues bien, de acuerdo con este precepto, los trabajadores podrán optar, en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, por atribuir su representación para la negociación del descuelgue a cualquiera de los sujetos que se especifican en el mismo:

- a) Una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente.
- b) Una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.⁸

La doctrina anterior al RDL 3/2012 abordó con solvencia la carga problemática que plantea este sistema de interlocución, destacando los interrogantes que suscita el plazo establecido para efectuar la designación. Como acabamos de ver, ésta debe producirse "en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas", es decir, a contar desde la fecha en que el empresario comunique a los trabajadores su decisión modificatoria, procediendo a la apertura de un período de consultas en los términos legalmente establecidos. Ahora bien, como advierte el propio artículo 41.4 ET, la falta de designación no implica la paralización del período de consultas, por lo que, de no efectuarse aquélla, podría interpretarse que las negociaciones se producirán directamente con los trabajadores de la empresa sin mediar ninguna instancia representativa (García-Perrote, 2010). Hay que objetar, sin embargo, que el propio artículo 41.4 ET, párrafo primero, prevé que el período de consultas se desarrolle "en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores", por lo que en ausencia de éstos, y de no procederse a la designación de una comisión *ad hoc*, no podrá tramitarse el procedimiento (Ramírez, 2012).

Por otra parte, debemos recordar que el artículo 5º del Convenio 135 OIT exige a los Estados firmantes la adopción de medidas orientadas a garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes. Si consideramos que los convenios sectoriales los negocian y suscriben organizaciones sindicales, el que una representación no sindical (que ni siquiera es una representación unitaria normal) pueda acordar la inaplicación de sus cláusulas, es de dudosa aceptación, pues los tratados y convenios internacionales sirven de marco interpretativo de los derechos y libertades reconocidos en la

8. En este caso, de acuerdo con el artículo 41.4 ET, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Constitución Española (artículo 10.2 CE). Quiere decirse, en definitiva, que una cosa es que una representación unitaria pueda pactar convenios de empresa, y otra muy distinta que una representación no sindical, que por cierto no goza de los derechos y garantías atribuidos a los representantes legales de los trabajadores, pueda inaplicar un convenio negociado, y exclusivamente negociable, por las organizaciones de trabajadores.

En cualquier caso, no es aventurado afirmar que, en contextos caracterizados por un verdadero clima de antisindicalidad ambiental, será la posibilidad de una comisión formada por trabajadores de la empresa la que se utilizará prioritariamente, abriendo las puertas a que instancias controladas por el empresario puedan negociar acuerdos aplicables *erga omnes* que se aparten de lo establecido en los convenios supraempresariales. La eficacia general de los acuerdos de descuelgue nos parece un argumento insoslayable para cuestionar la oportunidad, e incluso la constitucionalidad, de esta opción legislativa, sobre todo considerando el carácter generalista de esta figura jurídica tras la reforma operada por el RDL 3/2012. Pero el objetivo real de las modificaciones normativas era incrementar el *ius variandi* del empresario hasta límites exorbitantes, optándose por introducir estos mecanismos de negociación cuyo fruto, los acuerdos de descuelgue laboral, constituyen manifestaciones devaluadas de la autonomía colectiva.

b) Procedimiento negociador

El artículo 82.3 ET contiene una genérica remisión al artículo 41.4 ET, destacando que se podrá proceder al descuelgue "previo desarrollo de un periodo de consultas" en los términos previstos en dicho precepto. Parece, por tanto, que el aludido trámite deviene obligatorio para inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio, evidenciando la voluntad del legislador de preservar una mínima negociación entre las partes del acuerdo de descuelgue. Los Tribunales de Justicia concluyen, de manera unánime, que la omisión del

período de consultas determina la nulidad del acto cuando se trata de traslados o modificaciones,⁹ por lo que, en el marco del artículo 82.3 ET, el incumplimiento de la obligación legal debería acarrear idéntica consecuencia.

En todo caso, la facultad de iniciativa negocial corresponde al empresario, principal interesado en las medidas devaluacionistas y verdadero protagonista en el procedimiento de descuelgue laboral. Iniciado el período de consultas, "las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo" (artículo 41.4 ET, párrafo tercero), lo que probablemente implica un deber de información empresarial sobre las causas que justifican la inaplicación del convenio colectivo. Aunque los artículos 41.4 y 82.3 ET ignoran esta cuestión, entendemos que esta obligación se halla implícita en la regulación de tales preceptos, que exigen una información cabal por parte del empresario a sus interlocutores sobre la situación de la empresa y sobre las razones o motivos que aconsejan proceder a la modificación de las condiciones de trabajo. En última instancia, el deber de buena fe negocial estipulado en el artículo 41.4 ET condiciona estos deberes informativos, ya que las consultas se dirigen "a la consecución de un acuerdo".

El contenido de las consultas aparece regulado con cierta flexibilidad en el artículo 41.4 ET: "versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados". Se trata, en definitiva, de lograr un acuerdo en el sentido querido por la norma, es decir, comprobar la certeza de las causas alegadas y si los efectos de las mismas pueden paliarse o evitarse con las medidas propuestas por la empresa. Sobre las partes del período de consultas pesa la obligación de negociar

9. Son innumerables las sentencias que apuntan en tal dirección: citamos, por todas, las siguientes: STSJ de Andalucía (Sevilla), de 18 de julio de 1995 (RJ 2772); STSJ de Castilla-León (Valladolid), de 27 de mayo de 1997 (RJ 1462); SSTSJ de Madrid, de 22 y 28 de mayo de 1998 (RJ 1728 y 1730); SAN, de 3 de febrero de 1995 (RJ 3674).

sobre estos aspectos, no se les impone llegar a un acuerdo, pero sí que realicen un esfuerzo para lograrlo que comienza con su disponibilidad para iniciar la negociación aunque ulteriormente fracase.

Durante la tramitación de las consultas nada impide que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desarrolle, por iniciativa propia o a petición de parte, su actividad mediadora y conciliadora con vistas a la consecución de un acuerdo, en el sentido querido por la norma, es decir, un acuerdo que tienda a "evitar o reducir" los efectos de las medidas organizativas y a mitigar "sus consecuencias para los trabajadores afectados". A estas funciones de mediación y conciliación alude expresamente el artículo 3º de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En cuanto se refiere a la duración del período de consultas, no podrá ser superior a quince días (artículo 41.4 ET, párrafo primero), lo que excluye la posibilidad de ampliar las negociaciones aunque ambas partes lo deseen. El período de consultas finaliza cuando se alcanza un acuerdo, si bien, a falta de éste, parece que debe agotarse la duración máxima estipulada para que pueda hablarse de desacuerdo (el artículo 82.3 ET afirma que el disenso se produce "cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo").

Como es natural, el procedimiento negociador puede terminar con acuerdo o sin él. En el primer caso, se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (artículo 41.4 ET, párrafo sexto). Dicho acuerdo requiere "la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos" (artículo 41.4 ET, párrafo tercero). Fácilmente observamos que estos requisitos son idénticos a los exigidos por el artículo 87.1 de dicho texto legal para concertar válidamente convenios estatutarios, al que precisamente se

remite el artículo 83.2 ET cuando establece la legitimación negocial que permite suscribir válidamente los acuerdos de descuelgue.

Si las consultas finalizan sin acuerdo, entrarán en juego las previsiones del artículo 82.3 ET, párrafo, donde se establece que "cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada". Cuando ésta no alcanzara un acuerdo, "las partes podrán recurrir a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales" previstos en el artículo 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos de descuelgue, "incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET".¹⁰ Recordemos que la impugnación de estos laudos debe plantearse a través del proceso especial contemplado en los artículos 163 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando se estime que conculcan la legalidad vigente, lesionan gravemente el interés de terceros, adolecen de defectos formales o resuelven sobre puntos no sometidos a su decisión (artículos 163.1 LJS y 91.2 ET).

Pero el RDL 3/2012 ha querido garantizar a toda costa el derecho al descuelgue en el ámbito empresarial, aunque el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se

10. Complementando esta declaración, y ante la posibilidad de que durante la negociación surjan dificultades para alcanzar el acuerdo, el RDL 3/2012 ha modificado el artículo 85.3 ET, incluyendo en el contenido mínimo de los convenios colectivos el establecimiento de "procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos".

hubieran sometido a los procedimientos mencionados o estos no hubieran solucionado la discrepancia. Para desbloquear estas situaciones se opta por una solución completamente ajena a las partes negociadoras, lo que suscita serias dudas de constitucionalidad por la posible afectación al ejercicio de la autonomía colectiva por parte de los interlocutores sociales: en defecto de acuerdo o de solución del conflicto por otras vías autónomas, "cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos". La decisión de estos órganos, "que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos".

El planteamiento del legislador, orientado a quebrar la resistencia de los representantes de los trabajadores, evoca inmediatamente el laudo de obligado cumplimiento establecido en el artículo 25.b) del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, cuya inconstitucionalidad fue declarada por la importante STC 11/1981, de 8 de abril. No debemos olvidar que los órganos llamados a resolver el conflicto son de naturaleza administrativa, aunque tengan una base tripartita y faciliten la participación de las organizaciones sindicales y empresariales. La STC 11/1981 ya advirtió que el recurso a este tipo de procedimientos debe limitarse a casos excepcionales y ampararse en la defensa del interés general, lo no parece muy acorde con el significado y alcance atribuido a los acuerdos de descuelgue en el artículo 82.3 ET. Como hemos adelantado, este mecanismo pone en cuestión el principio de autonomía colectiva reconocido en el artículo 37 CE, por lo que, como ha señalado algún autor, "o se hace una interpretación compatible con el modelo constitucional, corrigiendo el

tenor literal de la norma, o sencillamente debería ser declarado inconstitucional" (Molina, 2012).

1.2. Reestructuración de la negociación colectiva: prioridad aplicativa de los convenios de empresa

El rasgo fundamental de la negociación colectiva en España es el predominio de los convenios sectoriales, privilegiando los niveles intermedios de negociación y, especialmente, el convenio de ámbito provincial. Esta estructura negocial, cuyos orígenes se remontan a los años setenta del siglo pasado, se sitúa a medio camino entre un modelo descentralizado basado en los acuerdos de empresa y otro más centralizado en el que predominan los convenios intersectoriales. Las razones de esta situación son variadas y tienen que ver con el contexto económico-productivo, la composición del mercado de trabajo y las características organizativas de los sindicatos y las asociaciones empresariales. Todos estos factores están interrelacionados y, en mayor o menor medida, explican la evolución de la sintaxis convencional en España durante los últimos cuarenta años.

La consecuencia directa e inmediata de esta estructura negocial ha sido la exclusión de los salarios como factor de competitividad entre las empresas de un mismo sector, cumpliendo una función pacificadora y de estabilización de las condiciones de trabajo. Recordemos brevemente que la capacidad de la negociación colectiva para homogeneizar los costes laborales será determinante para su temprano reconocimiento en el Convenio 98 de la OIT, de 1949, ratificado por España en 1977. En particular, el artículo 4º de este instrumento internacional protege y fomenta el derecho de empresarios y trabajadores a hacer valer la legitimidad de la autorregulación de sus respectivas relaciones: "se tendrán que adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empresarios y las organizaciones de empresarios, por un lado, y las organizaciones de trabajadores, de otro lado, el pleno desarrollo y uso de los procedimientos de

negociación voluntaria, para reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo".

Pues bien, en los últimos años hemos asistido a la difusión de una matriz de opinión que, apartándose de este criterio, defiende una radical descentralización de la negociación colectiva para situar al convenio de empresa como centro de gravedad del modelo de relaciones colectivas de trabajo. Los argumentos esgrimidos en apoyo de esta tesis, convenientemente amplificadas por los medios de comunicación, insisten en la necesidad de desplazar hacia las empresas la negociación de las condiciones de trabajo, con el fin de favorecer su adaptación a una situación económica cambiante y cada vez más competitiva. Este discurso se atiene a supuestas evidencias empíricas que relacionan los resultados económicos de los países con la estructura de la negociación colectiva, penalizando a los sistemas intermedios de negociación en términos de mayores tasas de inflación y desempleo.

Hay que objetar, sin embargo, que numerosos estudios de organismos internacionales niegan la existencia de esta relación, evidenciando las limitaciones del análisis económico para alcanzar un consenso sobre los efectos de la negociación colectiva en los niveles de empleo. A lo sumo, se afirma que "un elevado grado de centralización y coordinación de la negociación colectiva va acompañada de un nivel más bajo de paro",¹¹ pero no es posible concluir que los resultados económicos sean superiores en los países que poseen sistemas de negociación fuertemente descentralizados.

En realidad, como han advertido algunos autores, la literatura económica no ha podido encontrar una significativa relación entre el comportamiento macroeconómico y la estructura de la negociación colectiva (Ruesga, 2010), por lo que no existían razones sólidas para orientar la intervención del legislador hacia una mayor descentralización de la misma, como efectivamente hace el RDL 3/2012.

11. OCDE. *Perspectivas de empleo*, 2006. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2007; p. 129.

La única conclusión sólida que ofrecen las citadas investigaciones es que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo resulta fundamental para alcanzar un cierto nivel de equidad distributiva, lo cual depende, en buena medida, del coeficiente de cobertura de los convenios colectivos. Desde este punto de vista, es muy probable que la reforma del Título III del Estatuto de los Trabajadores operada por el RDL 3/2012 se traduzca rápidamente en un fuerte retroceso en términos de justicia social y bienestar económico, dado que se proyecta sobre un tejido empresarial atomizado y fuertemente segmentado en el que predominan unidades pequeñas, de corta vida media y descapitalizadas. Como es sabido, en las pequeñas empresas es muy difícil que pueda producirse una auténtica negociación de las condiciones de trabajo, que acaban siendo impuestas por el empresario merced a su poder de coerción sobre los trabajadores y sus representantes en la empresa. El legislador de 1980 era perfectamente consciente de este problema y optó por dejar fuera del sistema de representación colectiva a las empresas que tengan menos de 6 operarios, así como a *"las empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores"*, salvo que éstos decidieran, por mayoría, elegir un delegado de personal (artículo 62.1 ET).

Esta situación trae como consecuencia la quiebra del principio participativo incorporado a la normativa de orden social por el artículo 61 de dicho texto legal, mostrando con suficiente evidencia las verdaderas posibilidades de los instrumentos a disposición de los trabajadores en contextos como el anteriormente descrito. Las previsiones constitucionales sobre los sindicatos de trabajadores, que *"contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"* (artículo 7º CE), y el reconocimiento de la libertad sindical en el artículo 28.1 de la Constitución, contrastan con la realidad de las pequeñas empresas, que margina y proscribiera cualquier atisbo de actividad sindical en los procesos de fijación de las condiciones de trabajo. Si los juristas no se hubieran limitado a examinar la problemática jurídica asociada a la interpretación de

esos preceptos, habrían descubierto con asombro que, en determinados ámbitos, el marco constitucional vigente se halla vacío de contenido y carece de aplicación práctica.

La generalización de la negociación colectiva y la consiguiente multiplicación de convenios ocasiona con frecuencia la concurrencia de los mismos, lo que incide en la seguridad jurídica de la práctica negocial colectiva. En efecto, sobre un mismo ámbito pueden concurrir distintos convenios por diversas razones: coincidencia de iniciativas de negociación, imprecisión en la delimitación de los ámbitos y, en general, cualquier otra circunstancia que implique la coincidencia en el tiempo de dos o más convenios colectivos que, total o parcialmente, incluyen en su ámbito de aplicación las mismas relaciones de trabajo. Esta situación de concurrencia conflictiva plantea la necesidad de redefinir sus ámbitos y determinar la preferencia aplicativa de las normas convergentes mediante algún criterio de prioridad.

Antes de la reforma operada por el RDL 7/2011, el artículo 84 ET preservaba la vigencia del convenio previamente celebrado, que no podía ser afectado "por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto", salvo pacto en contrario que pudiera alcanzarse en un acuerdo interprofesional negociado según el artículo 83.2 ET. No obstante, los sindicatos y las asociaciones empresariales legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87 y 88 ET podían, en un ámbito superior al de empresa, "negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior", siempre que dicha decisión obtuviese el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación (artículo 84 ET, párrafo segundo). En este caso, se consideraban materias no negociables en ámbitos inferiores una serie de variables estratégicas para el equilibrio laboral en el sector o rama de actividad: el período de prueba, las modalidades de contratación, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.

Como es sabido, el citado RDL 7/2011 introdujo importantes cambios en este precepto, otorgando prioridad aplicativa al convenio de empresa en un conjunto de materias que se entienden primordiales para la gestión empresarial de los contratos de trabajo: la cuantía del salario base y de los complementos salariales, el abono o la compensación de las horas extraordinarias, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, etc. Sin embargo, a través de convenios o acuerdos colectivos de ámbito estatal o autonómico, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podían eludir la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, bloqueando la efectiva descentralización de la negociación colectiva mediante la introducción de cláusulas restrictivas acordadas en niveles supraempresariales. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 83.2 ET, dichas organizaciones podían (y pueden) establecer cláusulas "sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito".

Pues bien, el RDL 3/2012 ha hecho añicos esta concepción, facilitando la descentralización de la autonomía colectiva y garantizando que la negociación de las condiciones de trabajo se produce en el ámbito empresarial, donde el poder negociador de los trabajadores es más reducido, por las razones anteriormente expuestas. De acuerdo con su tenor literal, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa "tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior" en las siguientes materias:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el Estatuto de los Trabajadores a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET.

Como puede observarse, el legislador tipifica un elenco de cuestiones susceptibles de modificarse en el plano empresarial, derogando o abrogando el contenido nuclear de la negociación sectorial de las condiciones de trabajo. Ciertamente, las materias enumeradas en el reformado artículo 84.2 ET definen los aspectos fundamentales de las relaciones laborales en la empresa, por lo que ésta se convierte en el principal y casi único centro de decisión en lo relativo a condiciones remuneratorias, adaptación de las modalidades contractuales y contenido general de la prestación.

A diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, este criterio de prioridad no puede alterarse en los niveles supraempresariales, lo que supone una profunda redefinición de la estructura de la negociación colectiva que ha estado vigente hasta la promulgación del RDL 3/2012: lo dice con claridad el artículo 84.2 ET, al establecer que los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 "no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado".

En un contexto de intensa fragmentación empresarial, no es aventurado suponer que esta opción legislativa se traducirá en un rápido desplazamiento de las unidades de contratación hacia las empresas, favoreciendo una violenta desvalorización de la fuerza de trabajo en un contexto caracterizado por la reorganización neoliberal del sistema de negociación colectiva.

*1.3. Hacia un ajuste permanente:
limitación temporal de la ultraactividad del convenio*

Tradicionalmente, el ordenamiento laboral ha tratado de proteger la estabilidad de los convenios colectivos con el fin de evitar los vacíos de regulación que se producen en los procesos de negociación colectiva e inducir a las partes a una nueva reglamentación de las condiciones de trabajo en el ámbito correspondiente. Esta orientación conservacionista se articulaba principalmente a través de las referencias normativas contenidas en el artículo 86 ET, que garantizaba la vigencia de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio hasta que no se alcanzase un acuerdo expreso para su renovación o modificación. Observemos detenidamente el planteamiento del legislador en el viejo artículo 86.3 ET: "denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales. La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio".

Como puede observarse, en este modelo la pérdida de vigencia del convenio colectivo abría una fase de negociaciones dirigida a la firma de un nuevo acuerdo, pero hasta que ésta no se produjera se garantizaba legalmente la vigencia del denominado "contenido normativo", es decir, de todas aquellas cláusulas que establecen y regulan las condiciones de trabajo y empleo en la unidad de negociación del convenio. El RDL 7/2011 introdujo algunas modificaciones de tono menor en esta materia, respetando los trazos básicos e identificativos del régimen jurídico anteriormente descrito: pervivencia del convenio colectivo durante el proceso de negociación y decaimiento de las cláusulas de paz laboral que establecen el compromiso de no ejercitar el derecho de huelga durante la vigencia del contrato colectivo. Además, el legislador autorizó que los acuerdos interprofesio-

nales negociados según el artículo 83 ET estableciesen procedimientos de aplicación general y directa para resolver las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación, incluido el compromiso de someterlas a un arbitraje que viniese a solventar los vacíos de regulación ocasionados por la no renovación del convenio.

La redacción dada al artículo 86.3 ET por el RDL 3/2012 modifica sustancialmente este panorama normativo, suprimiendo la ultraactividad indefinida del convenio y propiciando su expulsión definitiva del ordenamiento si no se alcanza un acuerdo en el plazo legalmente establecido. Aparentemente, el precepto se decanta por la conservación de las condiciones de trabajo cuando se procede a la renegociación del acuerdo, acogiendo los criterios o principios que hemos examinado en los anteriores párrafos:

- a) Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.
- b) Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos.

Sin embargo, se introduce una limitación de carácter temporal que condiciona notablemente el procedimiento de negociación en el ámbito de que se trate: "transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de apli-

cación".¹² Por tanto, el legislador promueve la extinción y desaparición del convenio colectivo cuando dicho plazo finalice sin acuerdo o sin un laudo arbitral que lo sustituya, lo que supone abrir la puerta a la individualización de las relaciones de trabajo en la correspondiente unidad de contratación. En efecto, si no existe un convenio superior aplicable o si, existiendo, contempla condiciones inferiores a las que venían disfrutando los trabajadores en virtud del convenio extinguido, éstas se incorporarán a sus contratos de trabajo y podrán ser alteradas unilateralmente por el empresario a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 ET. Aspecto este último que, sin duda, favorece las conductas obstruccionistas de los empresarios durante el proceso de negociación colectiva, ya que, si no se llega a un acuerdo, se encuentran amparados por esta disposición legal que se aplicará siempre en última instancia para imponer la devaluación salarial.

Hay que advertir que el reformado artículo 86.3 ET condiciona la pérdida de vigencia del convenio colectivo a la existencia de una previsión diversa por parte de los sujetos negociadores ("salvo pacto en contrario"), lo que probablemente apunta a la necesidad de un acuerdo expreso en este sentido cuando finalice el plazo de dos años fijado en dicho precepto. O, por expresar la idea con otras palabras, "se excepciona la desaparición del convenio (tras los dos años) a un pacto sobrevenido, pero sin que se pueda disponer (*ab initio*) en el mismo convenio que así sucederá", pues parece que dicho plazo máximo tiene carácter imperativo y no puede ser modificado a través de la negociación colectiva (Sempere y Martín, 2012). No obstante, con el fin de reforzar el protagonismo de la autonomía colectiva en esta materia, cabría sostener la interpretación contraria y entender que el convenio denunciado puede disponer del

12. De acuerdo con la disposición transitoria cuarta del RDL 3/2012, "en los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados en la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, el plazo de dos años al que se refiere el artículo 86.3 ET [...] empezará a computarse a partir de su entrada en vigor".

plazo estipulado en el artículo 86.3. Y, del mismo modo, aun suponiendo que el convenio no hubiera establecido nada al respecto, admitir que por acuerdo entre las partes se pudiera ampliar la ultraactividad más allá de los dos años en cualquier momento de ese período.

1.4. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012

A diferencia de lo que sucede en el Derecho civil, en el que el objeto del contrato debe ser determinado o determinable sin posibilidad de modificación unilateral por alguna de las partes (artículos 1273 y 1256 CC), las peculiares características de la relación jurídico-laboral han motivado que el legislador prevea la posibilidad de modificar el contenido prestacional por iniciativa de una de las partes: el empresario. Como es lógico, esta posibilidad ha de obedecer a razones o circunstancias previstas en la norma habilitante, de modo que sólo puede acometerse por las causas y mediante los procedimientos legalmente establecidos. Partiendo de esta base, puede afirmarse que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es aquella que, naciendo de la iniciativa empresarial, supone la alteración de aspectos fundamentales del contrato de trabajo a través de un procedimiento basado en los principios de causalidad y participación de los órganos colectivos en las decisiones de tal naturaleza.

El RDL 3/2012 ha alterado de manera significativa los mecanismos de flexibilidad interna tipificados en el artículo 41 ET, ampliando considerablemente las facultades del empresario para establecer reorganizaciones productivas cuando concurren determinadas circunstancias relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización del trabajo en la empresa. En principio, esta materia es ajena al régimen jurídico de la negociación colectiva, por lo que las modificaciones contenidas en el RDL 3/2012 no están orientadas, al menos de forma directa, a intensificar la devaluación salarial pretendida

por la norma, sino a ampliar y extender las facultades directivas que asisten al empresario en la gestión cotidiana del contrato de trabajo. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 41 ET permite y ampara por primera vez en nuestro Derecho la minoración de los salarios por decisión unilateral del empleador, lo que justifica su tratamiento sistemático en este momento de la exposición.

En este trabajo nos centramos en las novedades aportadas por el RDL 3/2012, interesándonos, por tanto, el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en la medida en que puede servir de base para reducir los costes salariales por voluntad unilateral del empresario. En puridad, la observación de estos mecanismos legales en toda su complejidad excede de los límites de estas modestas líneas, aunque no está de más ofrecer en breve nota los datos esenciales de su régimen jurídico, procediendo de manera similar a como hicimos para el caso de los acuerdos de descuelgue regulados en el artículo 82.3 ET. Nuestro análisis tomará en consideración las directrices establecidas en el RDL 3/2012, así como la libertad conferida al empresario para modificar unilateralmente las condiciones en que se desarrolla la prestación laboral.

1.4.1. Condiciones de trabajo que pueden ser modificadas sustancialmente

Como hemos adelantado, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se proyecta sobre aspectos esenciales del contrato de trabajo, alterando o transformando parámetros fundamentales de la relación que existe entre ambas partes contratantes. Cuáles deban ser calificadas como sustanciales parece venir resuelto con carácter ejemplificativo en el artículo 41.1 ET, donde se establece que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.

- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET.

Como puede observarse, la enumeración contemplada en el artículo 41 ET tiene un carácter puramente ejemplificativo y no exhaustivo, mostrando un elenco de materias que, debido a su carácter estratégico, denotan la naturaleza sustancial de la modificación pretendida por el empresario. No obstante, debemos recordar que pueden existir alteraciones mínimas en las condiciones enumeradas que nunca se reputarían "sustanciales", dada su escasa repercusión sobre el trabajador individual, y alteraciones de otras materias que serán merecedoras de esa calificación cuando supongan una mayor onerosidad de las prestaciones atribuidas a los trabajadores.

La principal novedad introducida por el RDL 3/2012 es la mención de la cuantía salarial entre las materias susceptibles de modificación sustancial, lo que permitirá al empresario reducir el salario a través del procedimiento regulado en el artículo 41 ET cuando concurran las causas legalmente establecidas. Esta no es en absoluto una cuestión menor o irrelevante, pues reiterada jurisprudencia venía rechazando esta posibilidad, que se encontraba excluida del perímetro delineado por el tan citado artículo 41.1 ET. A lo sumo, podían introducirse modificaciones en la estructura salarial o en la forma de pago del salario, pero no podía imponerse una reducción del mismo de forma unilateral y sin previo acuerdo, que es precisamente lo que ahora autoriza el legislador.

Hay que advertir que la minoración del salario por la vía del artículo 41 ET no podrá afectar al mínimo establecido en el convenio colectivo aplicable, pero sí a la cuantía que exceda del indicado límite y estuviera siendo percibida a título de condición más beneficiosa de origen contractual. Recordemos que, de acuerdo con este principio de origen jurisprudencial, el

empresario estaba obligado a respetar y conservar aquellas condiciones de trabajo que, constituyendo mejoras sobre las mínimas aplicables, se incorporen al nexo contractual. No otra cosa se desprende del artículo 1256 CC, donde se establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Si ello es así, la aparición de una condición más beneficiosa en el contrato de trabajo debería impedir su extinción o modificación unilateral por parte del empresario, de suerte que la condición subsista hasta que se produzca un acuerdo extintivo o sea compensada o absorbida por una regulación posterior en los términos previstos en el artículo 26.5 ET.

Pues bien, el RDL 3/2012 ha alterado sustancialmente la base sobre la que se alzaba el principio de condición más beneficiosa, incluyendo la cuantía salarial en la enumeración de materias que el artículo 41.1 ET considera susceptibles de modificación sustancial por decisión unilateral del empresario. Además, por si hubiera alguna duda, el artículo 41.2 ET dispone que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo "podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos". El desvanecimiento del principio de condición más beneficiosa se antoja inexorable en el marco jurídico delineado por el RDL 3/2012, que no oculta su voluntad de promover un profundo ajuste salarial como factor de mejora competitiva en un contexto laboral cada vez más degradado.

1.4.2. Principio de causalidad.

Pero la reforma operada por el RDL 3/2012 no se limita a transferir al poder de variación empresarial facultades que antes le estaban vedadas. También ha aligerado las condiciones de ejercicio de este poder unilateral, definiendo un espacio de mayor discrecionalidad para la adopción de decisiones que afectan a las condiciones laborales básicas. En efecto, el

Estatuto de los Trabajadores reconoce al empresario la facultad de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, pero exige la presencia de una causa justa como presupuesto de la medida adoptada: de acuerdo con el artículo 41.1 de dicho texto legal, la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo "cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción". Ahora bien, el legislador se limita a exigir que estas circunstancias estén relacionadas "con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa", suprimiendo la necesidad de que las medidas propuestas coadyuven a "prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda".

La ambigüedad del precepto hace que podamos plantear de nuevo las mismas críticas que anteriormente formulamos cuando hablábamos de los descuelgues regulados en el artículo 82.3, a las que nos remitimos. Las causas justificativas son tan amplias que prácticamente cualquier empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo al amparo del artículo 41.ET, disponiendo de las condiciones más beneficiosas que se otorguen o reconozcan de hecho o se incorporen al nexo contractual. O, por decirlo con palabras más apropiadas, "el legislador renuncia expresamente a realizar el más mínimo intento de delimitación para, todo lo contrario, establecer parámetros todavía más amplios en los que amparar las decisiones empresariales, de manera que el legislador no quiere que ni él ni el juez pueda suplantar el juicio de oportunidad empresarial" (Molina, 2012). Como puede observarse, tras la aprobación del RDL 3/2012 el poder de dirección empresarial ha experimentado una considerable expansión para lograr una mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, colocando a los trabajadores en una posición de gran debilidad frente a las decisiones unilaterales del empresario.

1.4.3. Modificaciones posibles: individuales y colectivas

De la simple lectura del artículo 41.2 ET se infiere que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo pueden ser de carácter individual o colectivo. No obstante, el RDL 3/2012 ha simplificado de forma notable la tramitación del procedimiento, clarificando la distinción entre ambas categorías. A diferencia de la regulación anterior, que atendía al origen individual o colectivo de las condiciones a modificar y al número de trabajadores afectados, la nueva redacción del artículo 41.2 ET se basa en un criterio estrictamente numérico para distinguir entre modificaciones individuales y colectivas:

- a) Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a:
 - Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
 - El 10 % del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
 - Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.
- b) Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas. No obstante, cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas para las modificaciones colectivas, la empresa realice modificaciones sustanciales en períodos sucesivos de noventa días y en número inferior a los umbrales mencionados, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones "se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto" (artículo 41.3 ET, párrafo cuarto).

a) Procedimiento de modificación individual

El procedimiento de modificación individual se inicia con la notificación de la decisión empresarial al trabajador, sin necesidad de negociaciones o consultas previas. El RDL 3/2012 ha

reducido a 15 días el plazo de preaviso cuyo transcurso determina la ejecutividad de la modificación, señalando que "la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad" (artículo 41.3 ET). Una vez notificada, el trabajador afectado podrá aquietarse a la misma u oponerse a la modificación, en cuyo caso caben tres posibilidades fundamentales a tenor de lo previsto en los artículos 41.3 y 50.1 ET:

1. Cuando las modificaciones afecten a las materias contempladas en las letras a), b), c), d) y f) del artículo 41.1 ET y el trabajador resultase perjudicado, "tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses". El RDL 3/2012 ha ampliado el elenco de supuestos que justifican la extinción del contrato, añadiendo el sistema de remuneración y cuantía salarial y las funciones, cuando excedan de los límites previstos en el artículo 39 ET para la movilidad funcional [letras d) y f)].
2. Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social a través del procedimiento especial previsto en el artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones (artículo 41.3 ET, párrafo tercero).
3. De acuerdo con el precitado artículo 50.1 ET, el trabajador podrá solicitar la extinción del contrato con derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente cuando las modificaciones sustanciales en las condiciones de

trabajo se hayan realizado sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. Tras la reforma operada por el RDL 3/2012, el precepto evita referirse a los perjuicios en la formación profesional como causa de extinción contractual por voluntad del trabajador, limitando esta posibilidad a los supuestos en que se incumpla el artículo 41 ET y se atente contra la dignidad del trabajador.

En nuestra opinión, la nueva redacción del artículo 50.1.a) ET puede plantear problemas de constitucionalidad, en la medida en que consiente y aprueba una situación contraria al artículo 10.1 CE. Recordemos que, de acuerdo con este precepto, "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, [...] son fundamento del orden político y de la paz social", por lo que habrían de permanecer inalterados cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la dignidad de la persona constituye "un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona" (STC 120/1990, de 27 de junio).

Pues bien, el reformado artículo 50.1.a) ET ampara la reacción del trabajador frente a los actos empresariales que fueran contrarios a su dignidad, pero exige la presencia de dos circunstancias acumulativas y no meramente alternativas, como se deduce del empleo de una conjunción copulativa en el citado precepto: como acabamos de ver, se alude a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo realizadas "sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador". Interpretado a *sensu contrario*, este pasaje sugiere que un escrupuloso cumplimiento del artículo 41 ET por parte del empresario impediría al trabajador resolver el contrato por la vía del artículo 50.1.a) ET,

aunque la modificación llevara aparejado un serio menoscabo de su dignidad. Lo que resulta inaceptable en clave constitucional es que el poder de dirección empresarial, fortalecido y ampliado por el RDL 3/2012, prevalezca sobre la dignidad del trabajador reconocida en el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna, amparando decisiones organizativas que no pueden mantenerse sin colocar a la persona en una situación degradante y contraria a su dignidad humana.

b) Procedimiento de modificación colectiva

El procedimiento de modificación colectiva resulta algo más complejo, pues se contempla la intervención de determinados sujetos colectivos que actúan como interlocutores del empresario. De acuerdo con el artículo 41.4 ET, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo "deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados".

Recordemos que esta materia fue objeto de estudio en el epígrafe relativo a los acuerdos de descuelgue laboral, por lo que evitamos repetir aquí lo señalado anteriormente a propósito del artículo 41.4 ET, al que precisamente remite el artículo 82.3 de dicho texto legal. Anotemos de pasada las características fundamentales del procedimiento al que nos referimos, remitiéndonos íntegramente a las consideraciones allí realizadas sobre cada una de estas cuestiones:

- a) Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo (artículo 41.4 ET, párrafo tercero).
- b) En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación

para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma (artículo 41.4 ET, párrafo cuarto).

Al igual que sucedía en los acuerdos de descuelgue, el período de consultas puede terminar con acuerdo o sin él. Cuando finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas alegadas por el empresario y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Como sabemos, dicho acuerdo requerirá la conformidad "de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos" (artículo 41.4 ET, párrafo tercero, *in fine*).

Interesa destacar que estos acuerdos no tienen por objeto la regulación de condiciones de trabajo, sino la limitación de las facultades directivas que asisten al empresario, el control de su poder decisorio. Por tanto, no tiene sentido atribuirles algún tipo de eficacia jurídica o personal, pues los efectos concretos sobre los trabajadores se producen por decisión unilateral del empresario. Sí podemos afirmar, en cambio, que los acuerdos adoptados en período de consultas son vinculantes para las partes, las cuales deben respeto a lo convenido, en particular el empresario, que deberá ejecutar las medidas modificativas en los términos previstos en el acuerdo, so pena de nulidad. No otra cosa se deduce del artículo 1258 del Código Civil, dónde expresamente se dispone que "*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al*

cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

En caso de desacuerdo, la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas y, de acuerdo con el artículo 41.5 ET, "surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación". Por tanto, tras la aprobación del RDL 3/2012, se advierte una fuerte reducción del plazo de efectividad en las modificaciones colectivas sin acuerdo (de 30 a 7 días), confiriendo al empresario una extraordinaria flexibilidad para efectuar la reorganización productiva.

Las actitudes que el trabajador individual puede adoptar frente a la decisión empresarial son idénticas a las que vimos en el apartado anterior, añadiéndose la posibilidad de reclamar en conflicto colectivo a través del proceso contemplado en los artículos 153 y siguientes de la Ley reguladora de la jurisdicción social. A tenor de lo dispuesto en el artículo 41.5 ET, párrafo segundo, la interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

1.5. La puerta abierta al race to the bottom: ¿de mal en peor hasta llegar a donde?

El fenómeno del *dumping social* es ya un viejo conocido como estrategia empresarial para conseguir rebajar los costes sociales. Cuando no existen estándares laborales mínimos de obligado cumplimiento o cuando éstos son bajos, como ocurre con los de la Unión Europea o la Organización Internacional del Trabajo, las empresas eligen su localización entre los países donde se mantengan los costes sociales más bajos, desplazando por tanto sus operaciones para conseguir pagar salarios menores o poder aplicar condiciones de trabajo (jornada, horarios, turnos) con menos garantías para los trabajadores y más ventajosas en cuanto a la organización productiva.

En concreto, en el ámbito de la Unión Europea el *dumping* social es posible ante la carencia de condiciones laborales establecidas de manera uniforme, como sería la fijación de un salario mínimo a nivel de la Unión Europea, condiciones de contratación temporal similares, procedimientos de extinción contractual comunes. En estas circunstancias y con plenas libertades económicas de circulación de servicios y establecimiento de empresas, el *dumping* social se basa en el juego de la competencia normativa que existe entre dos normas, de dos Estados distintos, que conviven en un espacio económicamente integrado, como es la Unión Europea. La situación de competencia entre normas puede dar lugar a otro fenómeno, el *race to the bottom*, según el cual los distintos sistemas normativos se lanzarían hacia una carrera a la baja, una devaluación interna de contenidos, para atraer inversión a base de reducir los derechos de los trabajadores.

Todo parece indicar que esta es la vía elegida en el caso español para conseguir esa "confianza necesaria para los mercados e inversores" de la que habla la Exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2012. Dos son los caminos, bien definidos. Por un lado, la reforma nos lanza al *race to the bottom* por la vía indirecta, permitiendo a los empresarios utilizar las condiciones de trabajo como elemento de competitividad en cada sector, al convertir la negociación colectiva en este nivel en papel mojado.

Como ya señalamos, una de las funciones principales de los convenios colectivos de sector era marcar unos estándares comunes que gestionaran y regularan la competencia intrasector. Si caen estos convenios, con la estrategia del descuelgue, de la primacía del convenio de empresa y el fin de la ultraactividad, el seguro frente a la carrera entre las empresas hacia los mínimos estándares laborales está facilitada y garantizada.

Pero para que esta estrategia sea completa, a la vez que se abre esta vía es necesario acometer, de manera paralela, la eliminación directa de garantías y derechos de los trabajadores existentes en la ley, de cuyo cumplimiento no puede librarse el

empresario, y eso se consigue en la Reforma de 2012 por la vía de facilitar el despido y precarizar al precario.

2. DEL DERECHO AL TRABAJO A LA LIBERTAD PARA TRABAJAR: LA PÉRDIDA DEL DERECHO A UN TRABAJO ESTABLE Y DE CALIDAD

Más allá de la devaluación salarial y el aumento del poder unilateral del empresario en la fijación de las condiciones de empleo, la reforma de 2012 ataca directamente el *derecho al trabajo*, en sus diferentes contenidos, vulnerando gravemente las condiciones de estabilidad y calidad que se derivan del art. 35 de la Constitución interpretado según un amplio conjunto de normas internacionales.

Como dijimos en anteriores apartados, la Constitución española recoge el derecho al trabajo en su artículo 35 de la Constitución, estableciendo que los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

Este contenido debe integrarse dentro del marco jurídico de la Constitución e interpretarse según la normativa supranacional que obliga al Estado español. Así, por un lado, el contenido del art. 35 se conecta con la declaración del Estado español como Estado Social de Derecho (art. 1.1), del reconocimiento del principio de igualdad real (art. 9.2) y de la dignidad de la persona como principio fundamental del orden político (art. 10.1). Este marco dota al derecho de una dimensión existencial o material, es decir, implica necesariamente aceptar que el poder constituyente quiso incluir un derecho al trabajo con un contenido cualitativo, no meramente cuantitativa (Monereo, 1996), que requiere por tanto que el derecho se desarrolle con garantías de efectividad. Este carácter multidimensional ha sido afirmado igualmente por el propio TC en su sentencia 22/1981

al afirmar que "El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente".

Por otro lado, el derecho al trabajo ha sido reconocido en un conjunto de normas supranacionales que el derecho español debe respetar y que inciden por tanto en el contenido del art. 35 de la Constitución. Entre ellas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Artículo 23.1: *"Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"*) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Artículo 6.1: *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho"*).

Igualmente, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, aun cuando no se haya utilizado la expresión "derecho al trabajo", podemos considerar que el reconocimiento, desarrollo y protección del mismo se encuentra en la base de la propia organización. Así, tanto en la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la OIT, anexa a la Constitución de Filadelfia de 1944, como en el preámbulo de esta última, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo reconocía la obligación solemne de la Organización de mejorar las condiciones de trabajo y de adoptar un "régimen de trabajo realmente humano", basándose en el objetivo de alcanzar la paz permanente a través de la "justicia social". Debe destacarse que en estos textos se incluye la obligación de lograr el pleno empleo, que se reiterará en la normativa de la OIT sobre la política de empleo, Convenio nº. 122 y Recomendación nº. 122, ambos de 1964. Por añadidura, el derecho al trabajo debe conectarse con el principio de estabilidad en el empleo, enten-

dido como el derecho a no ser despedido sin el concurso de una justa causa, tal y como se viene a recoger en el artículo 4 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo.

En el ámbito regional europeo el derecho al trabajo ha encontrado reconocimiento en la Carta Social Europea del Consejo de Europa de 1961. Su artículo primero desarrolla los contenidos del derecho al trabajo, manteniéndose sin variación en la versión revisada de 1996. Merece la pena reproducir el contenido de este artículo:

Artículo 1. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las partes contratantes se comprometen:

- 1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo.*
- 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.*
- 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores.*
- 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.*

Por su parte, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, manteniendo la tradicional división normativa entre los derechos de primera generación y los de segunda, no realiza mención al derecho al trabajo, aun cuando recoge en su artículo 11 cuestiones indisolublemente ligadas al mismo como lo son el derecho de toda persona a fundar sindicatos así como a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

El contenido del Art. 1 de la CSE ha sido desarrollado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que ha señalado su fundamental importancia como puerta de entrada al efectivo ejercicio de un amplio abanico de derechos esenciales, ligados al trabajo, y que perderían su sentido si el derecho al trabajo no

estuviera previamente garantizado. El Comité ha ligado el contenido del derechos a varios aspectos de la política de empleo, afirmando que el artículo no se limita a la plasmación de un principio, sino que especifica los contenidos que las partes contratantes deben aplicar y que pueden sintetizarse en cuatro ámbitos: el pleno empleo, la libre elección de una profesión, las agencias de empleo gratuitas y la orientación, formación y readaptación profesional.

Pese a la normativa internacional y a los imperativos que se derivan de los artículos señalados, el contenido del derecho al trabajo ha sufrido un vaciamiento, acercándose progresivamente al momento en el que apareció su reconocimiento como libertad para trabajar, en último tercio del siglo XVIII, construyéndose sobre la base del pensamiento liberal, con un contenido prestacional muy limitado, vinculado a la vertiente asistencial y sin garantías respecto de su estabilidad.

Con la reforma de 2012, sobre la base de las duras medidas incluidas en las reformas de 2010 y 2011, los contenidos del derecho al trabajo se han reducido, tanto en lo tocante a la estabilidad en el empleo, de entrada y de salida, como a la calidad del trabajo, en cuanto a la precarización de determinadas tipologías contractuales.

En cada uno de estos momentos de la vida de la relación de trabajo, la reforma enfatiza el poder unilateral del empresario, posicionando su poder de organización y dirección, y la obtención de plusvalía, por encima de otros bienes jurídicos protegidos, y tradicionalmente potenciados, como son la conciliación familiar, personal y laboral, la consecución de la igualdad real, la protección de la dignidad del trabajador o el ya ajado principio de la estabilidad en el empleo.

Pero hay que volver a repetir que esto no es golpe de timón, sino una profundización extrema en la senda marcada por anteriores reformas, fundamentalmente las de 2010 y 2011, que buscaban claramente trasladar los riesgos de la evolución de la empresa al trabajador, que evidentemente sigue apartado de los posibles beneficios. Así, el principio de ajenidad, básico en las

relaciones de trabajo, que implicaba el mantenimiento del trabajador en una posición al abrigo, con contadas excepciones, de los riesgos económicos que asumía el propietario de los medios de producción, se rompe hacia el lado más débil.

De esta manera, la reforma lanzada por el Gobierno del Partido Popular persigue el retorno a un modelo autoritario de relaciones de trabajo, colocando al empresario como el "Señor de su casa" (*Herr im Haus*), figura incompatible con la cláusula inconstitucional de Estado Social y Democrático de Derecho (Casas, Rodríguez-Piñero, Valdés, 2012). A cada una de estas cuestiones vamos a referirnos, tomando como base el contenido de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 3/2012.

2.1. El final del principio de estabilidad en el empleo: la banalización del despido

Junto con el ajuste salarial que tratábamos en los capítulos anteriores, la reforma persigue otro objetivo claro como es facilitar, tanto en el sector privado como en el público, un profundo ajuste de plantillas. Para ello, y como también señalábamos anteriormente, se consagra la consideración del despido como una herramienta más de la gestión cotidiana de la empresa y se provoca la fractura definitiva de la causalidad y con ella la quiebra del mandato internacional y constitucional de la imposibilidad de despedir sin causa justa. Con la reforma de 2012 se confirma el cambio radical de la fisonomía de la institución del despido, que pasa de ser una decisión excepcional a ser una opción más para el empresario, que tomará sólo en función de parámetros coste/beneficio económico, ignorándose las repercusiones que tiene para la vida de las y los trabajadores. Más aun, con la reforma de 2012 se ha destapa claramente la intención de ampliar el ámbito subjetivo del despido, permitiendo la aplicación de los despidos colectivos a los empleados públicos, y muy posiblemente, pavimentando el camino hacia la destrucción del último bastión de trabajadores con seguridad en el empleo, como son los funcionarios.

Tal vez en estos momentos sea más necesario que nunca el repetir la verdadera naturaleza del despido, que no es otra cosa que un acto de violencia regulado, procedimentado, del poder privado contra el trabajador. Con el despido, se priva a una persona del trabajo y por tanto del vínculo necesario en este sistema socio-político para el disfrute de un amplio abanico de derechos sociales y de ciudadanía (Baylos y Pérez Rey, 2009).

Esta acción de fuerza, aceptada como no podía ser de otra manera por el derecho capitalista del trabajo, se compagina con las exigencias del Estado Social mediante mecanismos normativos que limitan y controlan sus efectos. Esta "compensación democrática" no ha sido, como ejemplificaba el recorrido histórico anterior, una constante uniforme. Dependiendo del poder sindical y de las inclinaciones del gobierno de turno, los controles frente a la violencia del despido han sido más o menos exigentes, siempre pivotando en dos frentes: por un lado, la limitación de la arbitrariedad empresarial; por otro, la reparación del daño ocasionado al trabajador, medido en términos económicos (Baylos y Pérez Rey, 2009).

El primer objetivo, esto es, el control de esa violencia individual, se ha plasmado en distintos instrumentos. Por un lado, el desarrollo normativo de las causas del despido, diferenciándose entre despido disciplinario, aquel que deriva de un incumplimiento previo grave y culpable del trabajador; y el despido objetivo, el que deriva de un hecho imposibilitante de las prestaciones contractuales, derivado de la persona del trabajador o fundamentado en parámetros económicos, técnicos, organizativos o de producción referidos a la empresa. Por otro lado, el control jurisdiccional para los despidos individuales, con la consiguiente exigencia de la demostración de la concurrencia de una serie de causas y de la razonabilidad de la medida, la adecuación del medio al fin perseguido, por parte del empresario. Por último, la voluntad de controlar la acción del empresario en un supuesto tan excepcional como los despidos colectivos se plasmaba en la intervención de la administración pública laboral con los expedientes de regulación de empleo.

El segundo de los objetivos, la reparación del daño, se concreta con una serie de cantidades, establecidas según la duración de la prestación de trabajo, que se dividen entre la indemnización por despido improcedente, la compensación por el despido objetivo y los salarios de tramitación, entendiendo por tales los dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia declaratoria de la improcedencia. También se incluiría en estas medidas para la reparación del daño la institución del despido nulo, que implica la obligatoriedad de restituir al trabajador en su puesto de trabajo cuando con el despido se ha vulnerado un derecho fundamental, se ha despedido a una trabajadora o trabajador en una situación laboral especial por su relación con la maternidad/paternidad o se trata de un representante de los trabajadores.

Esta obligación de controlar el despido deriva claramente de la normativa supranacional. Por un lado, el Convenio 158 de la OIT, complementado con la Recomendación 166, contiene las cinco líneas fundamentales que deben regir la institución del despido y que son la causa, el procedimiento, las vías de respuesta o recursos, los plazos de preaviso y las indemnizaciones. Por otro lado, la Carta Social Europea revisada establece en su art. 24 el derecho a la protección en caso de finalización de la relación de trabajo. Finalmente, en el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales ha incluido en su artículo 30 la exigencia de que todo trabajador tenga derecho a una protección en caso de despido injustificado.

Esta fisonomía del despido, como acto de violencia privado que debe ser controlado por los poderes públicos en cumplimiento del mandato del Estado social y de las normas internacionales, ya considerablemente debilitada en la reforma de 2010, ha sido dinamitada por la reforma de 2012.

Se trata de una operación de voladura controlada que ha contado con años de propaganda mediática en los que se ha intentado asentar en el imaginario colectivo la vinculación directa entre destrucción de empleo y derechos de los trabajadores. Las garantías a un trabajo digno, estable y de calidad se

han interpretado como "rigideces", utilizándose argumentaciones de carácter jurídico-comparado para señalar que en España despedir es más difícil que en la mayoría de países de la Unión Europea y que debemos "acercarnos a Europa" por la vía de facilitar el despido.

Así, desde hace años, se acusa a nuestro sistema de excesivamente garantista, tanto por el procedimiento para despedir como por lo elevado de la indemnización. Varios datos desmienten ambas afirmaciones. Por un lado, en términos absolutos, entre el 2007 y el 2011 se eliminaron en España un total de 2,7 millones de puestos de trabajo, lo que indica que la dificultad no era excesiva, teniendo en cuenta además que según los datos del Banco de España, los gastos en despido no han superado un 1,5% de los gastos sociales de las empresas.

Por otro lado, en términos comparados, y como señala entre otros documentos el informe de la Fundación I de Mayo llamado "El modelo de despido en la Unión Europea" de marzo de 2012, carece de fundamento hacer un análisis de costes para evaluar la eficiencia de los distintos sistemas de despido. Las instituciones laborales no son compartimentos estanco que puedan medirse de manera aislada y la comparación entre indemnizaciones sólo nos da una idea parcial, que para ser rigurosa, y una afirmación en una ley lo debería haber sido, requería un amplio estudio comparado de la regulación de la relación laboral en su totalidad. Así, no puede estudiarse el coste del despido sin valorar las modalidades de contratación, los procedimientos para despedir, la titularidad de la opción de reingreso en caso de despido improcedente, la existencia de salarios de tramitación, la posible incidencia de la negociación colectiva y un largo etc... Para ello, para hacer esta valoración de conjunto, es muy recomendable la utilización de la base de datos sobre la legislación de protección del empleo (EPLex) elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Con sus datos podemos concluir que la institución del despido en España no era de las más rígidas de la Unión Europea y que, tal y como queda su diseño tras la reforma de 2012, en la actua-

lidad es uno de los que más facilita el despido y de los menos garantistas de la UE15.

Fundamentada por tanto en una afirmación incierta y habiéndose constatado como medidas anteriores que transitaban claramente en la línea de la facilitación del despido, como la de 2010, no conllevaron ningún avance en la reducción del desempleo, el Real Decreto Ley de 2012 incide en esta vía, atacando los dos aspectos comentados: el control de la violencia individual y la reparación del daño.

Así, las medidas de esta reforma para facilitar el despido, contenidas en el Real Decreto Ley bajo el título "medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral" pueden agruparse en tres bloques: en primer lugar, se incide en su facilitación en términos de procedimiento; en segundo lugar, se procede a su abaratamiento en términos económicos y en tercer lugar se crea una figura contractual que incluye el despido libre durante el primer año de contrato.

Todas estas medidas se orientan, según la exposición de motivos de la norma a garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. En concreto, las normas relativas al despido se orientan, según esta exposición, a incrementar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, aumentando la seguridad en el empleo.

Esta declaración de objetivos nos ofrece el primer paso para el análisis y la valoración de las medidas adoptadas, que debe realizarse midiendo la adecuación entre los fines perseguidos por las normas, que acabamos de señalar, y los instrumentos que configura para alcanzarlos, atendiendo para ello a los resultados que la adopción de medidas similares ha producido en el mercado de trabajo. El resultado, *a priori*, parece claro, la facilitación del despido siguiendo las líneas marcadas por las ya comentadas reformas de 2002 y 2010, no parece producir en absoluto una mejora de la estabilidad o del nivel de empleo,

más bien todo lo contrario, como demuestra la continua subida de la tasa de desempleo.

Así, la reducción de la dualidad se va a producir, sin duda, pero recurriendo a la estrategia del mínimo común denominador, generalizando la vulnerabilidad y no la estabilidad (Molina, 2012). Pero vayamos por partes.

2.1.1. La facilitación del despido: descausalización y límites al control de la acción del empresario

La configuración histórica del despido nos permite, utilizando una escenificación geométrica y partiendo de un punto de libertad absoluta de libertad del empresario para disolver el vínculo contractual, la construcción de una parábola (Durán, 2000) que con la reforma de 2012 es casi completa.

La evolución del derecho del trabajo ha ido imponiendo limitaciones formales y causales al despido. Como indicábamos anteriormente, el punto de partida de la actual regulación de las relaciones laborales debe fijarse en la Constitución de la II República, momento en el cual instituciones como el despido experimentaron una notable evolución respecto de los paradigmas liberales anteriores, derivada de la introducción del carácter social del Estado. Así, en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 se insertaba la clara voluntad de exigir una justificación para el despido, regulándose de esta manera una institución, el despido con causa, que en realidad se entendía como beneficiosa para el empleador en tanto en cuanto le posibilitaba extinguir la relación de trabajo cuando por razones muy diversas le fuera "inoportuna" su continuación (Rodríguez-Piñero, 1966). Así, la institución de la causalidad del despido se entendía como salvaguarda el interés del empresario puesto que le permite despedir cuando haya perdido el interés en la permanencia de la relación laboral, justificando esta pérdida en diversas causas, bien basadas en una falta de confianza en el trabajador derivada de un incumplimiento laboral o bien porque el cumplimiento de esa prestación laboral deviene imposible por una incapacidad sobrevenida que afecta al trabajador o bien porque

la "colaboración productiva" del trabajador o la realización del trabajo mismo no sean necesario a la Empresa, entendiéndose esa necesidad como una situación justificable y no derivada del mero interés empresarial de conseguir beneficios.

La evolución de la regulación del despido ha ido consolidando esta exigencia de causalidad, encontrando un acabado apoyo en el ya mencionado art. 4 del Convenio 158 de la OIT (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, BOE del 29 de junio), que establece que "no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". Por su parte, el art. 25 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que "Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales", lo cual indica que, cuanto menos, el despido libre y sin indemnización es contrario al derecho de la Unión Europea.

En la actualidad, y como ya señalamos en capítulos anteriores, el derecho a no ser despedido sin justa causa forma parte del derecho al trabajo en su vertiente individual que la CE reconoce en su art. 35.1 (STC 22/1981 FJ 8), de manera que nuestro ordenamiento jurídico no conoce el despido *ad nutum*, salvo la aparente excepción de la extinción del contrato en el periodo de prueba, aunque, más tarde lo veremos, esta no es una circunstancia sobrevenida sino de una condición resolutoria potestativa *ex lege* tenida en cuenta al tiempo de celebrar el contrato.

Así, el concepto de causa se ha situado habitualmente en el núcleo de la regulación del despido. A falta de causa, o siendo esta insuficiente o sin guardar los requisitos formales establecidos para realizar el despido, el ordenamiento jurídico reacciona, imponiendo consecuencias como son la declaración de improcedencia o nulidad y previendo una serie de medidas y sanciones, en forma de derechos de reingreso o indemnizaciones compensatorias a favor del trabajador.

Más allá de las causas establecidas para realizar un despido disciplinario, enumeradas en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores y que no han sido objeto de reforma, el debate político se ha centrado, desde hace ya años, en la reforma de las causas objetivas, esto es, las relativas a las circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción, que actualmente se recogen en el art. 51 del Estatuto. En este debate, el despido objetivo derivado de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sea individual o colectivo se presenta como un "acto políticamente neutro, derivado de la racionalidad y del cálculo económico de la gestión empresarial", en la ya comentada desatención a la persona del trabajador y a las consecuencias que para ésta tiene la extinción de la relación de trabajo (Baylos y Pérez Rey, 2009). Esta visión puramente economicista se maximiza con la reforma de 2012, que vacía de contenido la causalidad hasta conseguir su inoperatividad. Esto reduce evidentemente la capacidad de control judicial de los despidos objetivos, y se acompaña, cerrando el círculo, con la eliminación de la autorización administrativa en los procesos de despido, suspensión y reducción colectiva de trabajo.

a) Despido objetivo: ¿medida razonable para mantener la viabilidad de la empresa o vía para aumentar el beneficio empresarial?

Según el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, el despido objetivo puede adoptarse, entre otros supuestos que luego trataremos, cuando concurran una serie de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, reguladas en el art. 51.1 de la norma que se refiere a los despidos colectivos. Despido objetivo y colectivo comparten las causas, económicas, técnicas, organizativas y de producción, diferenciándose únicamente por el número de trabajadores afectados y por el procedimiento que para efectuarlo debe seguir el empresario.

Como señalamos en los capítulos anteriores, ya desde la reforma de 1994 se ha venido apreciando la tendencia a limitar

el control judicial sobre las causas para despedir, reduciendo el margen de apreciación del juez y ampliando el ámbito causal, con el objetivo de reforzar la seguridad del empresario al efectuar el despido. La reforma de mayor calado en relación con las causas fue la realizada mediante la ley 35/2010, derivada del Real Decreto Ley aprobado por el gobierno del Partido Socialista en junio del mismo año y que se dirigía a ampliar las posibilidades del empresario para utilizar este despido así como a reducir el margen de apreciación judicial de las causas que lo motivaban.

Una de las cuestiones que quedaron ya claras con la reforma de 2010 fue la eliminación de la referencia a la amortización de puestos de trabajo como presupuesto para despedir. Con anterioridad a esta reforma, el art.52.c) ET consideraba causa de despido "la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo". Había remisión a ese otro precepto, pero se ponía énfasis especial en la necesidad de "amortización" del puesto de trabajo. Toda referencia a la "amortización", esto es, a la necesidad de eliminar un puesto de trabajo, desaparecía en la norma de 2010, que incidía además en el aligeramiento de las causas para despedir y en la reducción del mencionado margen de apreciación judicial, cuestiones todas ellas profundizadas en la reforma de 2012.

En términos generales, la referencia a una causa económica que permite este despido se sitúa en la esfera o ámbito de los resultados de la explotación, sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios. Tradicionalmente se entendía que existía una causa económica cuando se daba una situación económica negativa de la empresa. Con la reforma de 2010, esta situación negativa se transformó en una situación donde pudieran acreditarse "la existencia de pérdidas actuales o previstas", "la disminución persistente de su nivel de ingresos" u otras circunstancias "que puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo". El empre-

sario que quisiera despedir en función de esta causa debía acreditar los resultados alegados y justificar en función de ellos que el despido era una medida mínimamente razonable para la finalidad perseguida.

La norma de 2012 ha alterado absolutamente tanto el contenido de la causa como la exigencia de razonabilidad. Así, en la actualidad, el art. 51 establece la presunción de que concurrirá causa para despedir cuando se produzca una situación económica negativa, entendiendo que la misma se da cuando existen pérdidas actuales o previstas o se produce disminución persistente del nivel de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos, es decir, ni siquiera durante un ejercicio económico. En estos casos, ni tan siquiera se exige que esta "situación negativa" tenga una entidad suficiente para afectar a la viabilidad de la empresa o a su nivel de empleo, sino que basta con la acreditación objetiva de la situación antedicha. De esta manera, es posible que empresas con situaciones económicas saneadas acudan al despido objetivo, individual o colectivo, con el objetivo de aumentar su beneficio empresarial por la vía de la destrucción de puestos de trabajo. En definitiva, el despido se deriva de la mera evolución de la competitividad empresarial, supeditándose por tanto a la voluntad del empresario, que no ha de demostrar que su actuación es razonable, ni tan siquiera para mantener su posición competitiva en el mercado, bastándole con probar que ha reducido su nivel de ventas o ingresos durante tres trimestres.

Idéntica deriva sigue la regulación de las causas técnicas, organizativas o de producción, cuya consideración queda tan liviana como sigue: *"Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado"*.

No es necesario por tanto que la empresa justifique que, de entre las muchas opciones que tiene frente a la situación de reducción de ingresos o de los cambios relacionados con la producción, el despido del o los trabajadores sea la medida más razonable, ni siquiera que tenga una mínima razonabilidad. Se escenifica aquí la quiebra total de la noción de despido que veníamos apuntando, del despido como violencia del poder privado que debe ser controlado y entendido como última opción derivada de la necesidad de mantener la viabilidad de la empresa.

Es necesario insistir en que la existencia de una justa causa para despedir, según se deriva de las normas internacionales y del marco constitucional, va más allá de la mera alegación objetiva de las concurrencias de una situación de hecho, sino que debe vincularse con la razonabilidad de la medida, dada la concurrencia de dos bienes jurídicos protegidos como son la libertad de empresa y el derecho al trabajo. Por ello, la justa causa que fundamenta el despido debe ser controlable judicialmente, puesto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 20/1994 "la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, ...es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva...la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho del trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE)."

Nos habla así el Tribunal de una "reacción adecuada" contra el despido, no a cualquier posibilidad de reacción. En la misma línea se sitúa el Convenio 158 de la OIT de 22 de junio de 1982. Como se recordará, en su artículo 4 esta norma habla de *necesidades* del funcionamiento de la empresa al establecer la exi-

gencia de una justa causa para despedir. Por añadidura, su artículo 9.1 deja claro que los tribunales o árbitros estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba *justificada*.

Son dos, pues, las exigencias que derivan de esta norma internacional, la existencia de una causa y la necesidad de la misma, cuestión que valorarán los tribunales para valorar si la extinción del contrato estaba justificada, esto es, que el medio (el despido) es razonable o se adecúa a la finalidad (tradicionalmente la viabilidad de la empresa). Al eliminarse la exigencia de que el empresario justifique la razonabilidad del despido, la posibilidad de control judicial se reduce al mínimo, por debajo de las exigencias de las normas internacionales señaladas (Serna y Maragall, 2012).

En el pasado queda la noción del despido como poder extraordinario, la consideración de sus implicaciones para la vida del trabajador que con la extinción del contrato pierde gran parte de sus vínculos de ciudadanía social y la necesidad de ponderar bienes jurídicos protegidos –sacrificio del trabajador/necesidad de supervivencia de la empresa. Con la reforma, el poder privado se desbrida, se rompen los escasos límites que ya quedaban y se convierte el despido por causas económicas, sea individual, plural o colectivo, en la vía normalizada para la extinción contractual.

b) ¿A quién beneficia la eliminación
de la autorización administrativa?

En esta vía de encumbramiento del poder privado, la reforma ataca una segunda línea roja que parecía infranqueable, como es la exigencia de una autorización administrativa para poder proceder a la realización de un despido colectivo.

Ligada a la diferencia numérica, en la regulación de los despidos objetivos, individuales o plurales, las exigencias relativas al procedimiento se contemplan fundamentalmente desde una

perspectiva jurídico-contractual entre trabajador y empresario, puesto que los intereses protegidos no trascienden del ámbito de las partes implicadas en el contrato de trabajo. Sin embargo, en los despidos de carácter colectivo se conjugan una serie de interés jurídicos privados/individuales (de empresarios y trabajadores) y públicos/colectivos (económicos, sociales y sindicales) que van más allá del contrato de trabajo.

Entre otros intereses pueden citarse la competitividad empresarial y por tanto la libertad de empresa, los costes económicos de los procesos de restructuración o ajuste de plantillas y los instrumentos públicos disponibles para su financiación, el incremento del número de desempleados, la incidencia en el sistema de protección social, los desajustes en las cualificaciones de los trabajadores, el impacto en las ofertas de los sistemas públicos de formación profesional, el impacto para la organización sindical en la empresa, etc. Puede afirmarse, por tanto, que más allá de los derechos e intereses entre empresario y trabajador derivados del contrato nos encontramos ante la balanza entre bienes jurídicos fundamentales, como son la libertad de empresa por un lado y los derechos al trabajo y a la protección social por otro (Casas, 1996).

Desde el punto de vista comparado entre los países de nuestro entorno, la técnica mayoritariamente adoptada para regular las restricciones masivas de personal ha sido la fijación de una barrera numérica/temporal a partir de la cual se debe aplicar un procedimiento caracterizado habitualmente tanto por la participación de los representantes de los trabajadores como por la intervención de la administración. Ambas características, típicas de los despidos colectivos, han sido gravemente reducidas con el Real Decreto Ley 2012 que aun manteniendo, como no podía ser de otra manera dada la normativa internacional y comunitaria, el período de consultas, reduce los incentivos para llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores y elimina la autorización administrativa.

Tanto la intervención de los agentes sociales implicados en la empresa como la intervención de la administración pública

son una exigencia que deriva de la normativa internacional y de la Unión Europea por esa trascendencia a un plano superior, público y colectivo, de intereses. Ciertamente es que ninguna de estas normas establecen un grado determinado de intervención de la administración, que puede ir desde el mero control del cumplimiento del procedimiento, a la autorización o a la intervención activa durante todo el proceso. El Estado español ha mantenido hasta la actualidad la opción por reconocerle a la administración la capacidad para denegar la autorización para realizar un despido colectivo. Esta vía, particular entre los países de la Unión Europea, no es necesariamente la más intervencionista y es por completo acorde a los marcos normativos de referencia, tanto europeos como internacionales.

Se trata de una cuestión largamente debatida y que ejemplifica claramente un choque de intereses entre la protección de los derechos y la voluntad de facilitar la realización de despidos colectivos. Así, por un lado la justificación de la intervención administrativa ha sido reiterada tanto en textos normativos, la Ley 11/1994, como doctrinales. De manera paralela, ha sido constante su ataque por parte de la Patronal que ha exigido de manera reiterada la eliminación de esta intervención.

Entre los estudiosos del Derecho del Trabajo se venía justificando esta intervención teniendo en cuenta la función tradicional del despido objetivo. En efecto, el modelo español de despido colectivo está, o estaba hasta la reforma de 2012, basado en la casualidad de la decisión empresarial y se orientaba, al menos en la norma, hacia la posibilitación de la continuidad y la viabilidad del proyecto empresarial. Por tanto, la autorización administrativa suponía una mayor garantía para los trabajadores del principio de estabilidad en el empleo, un reconocimiento explícito de los dispares intereses presentes en los procesos de despido colectivo y del papel de la administración como mediadora entre los mismos y un fortalecimiento del papel de los representantes de los trabajadores.

Debe recordarse, además que, antes de la gran reforma operada por el Gobierno del Partido Socialista en 1994, el Estatuto

de los trabajadores exigía la autorización administrativa tanto para los procedimientos de movilidad geográfica como para la modificación sustancial de los trabajadores, la suspensión y la extinción de los contratos por causas económicas. Con las modificaciones llevadas a cabo mediante la Ley 11/1994, orientada, según sus propios términos, a conseguir una mayor flexibilización de las relaciones laborales, se disminuyó notablemente la intervención pública en el mercado de trabajo (Valdés, 2005), perviviendo la autorización administrativa únicamente en los casos de despido por causas económicas en su vertiente colectiva.

Las razones sostenidas para mantener la autorización en estos casos, dado el intenso debate suscitado, fueron consignadas en la exposición de motivos de la Ley y son hoy más pertinentes que nunca. La introducción a la norma señalada indicaba que *"cuando la necesidad de extinción tiene carácter colectivo y se encuentra basada en crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de trascendental importancia, vinculados tanto a los derechos de los individuos como a las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales. Por ello, la norma opta por mantener parcialmente el sistema vigente de intervención administrativa en los despidos colectivos aunque clarificando y objetivando dicha intervención en todos aquellos supuestos en que, en función de la necesaria intensidad de la medida, los intereses colectivos económicos y sociales deben ser ponderados. Por contra, aquéllos en los que predominan los intereses de carácter individual pueden ser remitidos simplemente a los instrumentos jurídicos establecidos, con carácter general, para la defensa de dichos intereses. Se trata, en definitiva, de garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa"*.

La intervención de la administración como requisito previo a un determinado tipo de despidos quedaba justificada por la afectación a los intereses generales, económico sociales, que trascendían de la propia relación de trabajo individual.

Entre las muchas críticas que ha recibido esta intervención administrativa destaca la línea fundamentada en su posible confrontación con el art. 38 de la Constitución Española que consagra el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Se vuelve a poner aquí de manifiesto la presencia de dos intereses concurrentes en los supuestos de despido colectivo, ambos protegidos desde un punto de vista constitucional. En efecto, en España el pleno empleo es un principio rector recogido en el artículo 40 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a realizar una política tendente a este objetivo. Esto implica, evidentemente, que el Estado debe velar por las consecuencias de las actuaciones empresariales que impacten en el mercado de trabajo y esto incluye, particularmente, a los despidos colectivos. De esta manera, la libertad de empresa debe entenderse justificadamente limitada por una actividad administrativa que defiende el interés a una determinada solución del conflicto con fundamento en objetivos ligados a la política de empleo o a la política económica en general (Sala y Blasco, 2009).

Pese a todos estos argumentos, la reforma acomete la supresión de la autorización administrativa, traspasando una línea roja que ninguna otra reforma se había atrevido a plantear y que sitúa al ordenamiento español posiblemente por debajo de las exigencias de la normativa europea, dado que la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos indica que la administración deberá "buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos", búsqueda imposible dado el escaso margen que la reforma deja a la actuación de la administración laboral.

De hecho, el rol de la administración laboral pasa a ser el de mero garante del buen orden, ni siquiera de mediador entre las partes, quedando la voluntad del empresario como única fuen-

te de decisión. De esta manera, si hay acuerdo en el procedimiento de consultas, el despido colectivo se realizará en los términos pactados por las partes; si no, será el empresario el que decida el número y los concretos trabajadores individualmente afectados, así como la indemnización, no inferior a 20 días por año trabajado. Evidentemente, al derivar la decisión a la voluntad del empresario se dejan de lado todos los bienes jurídicos protegidos que trascienden del interés empresarial, convirtiendo el despido colectivo en una herramienta más al servicio de la racionalidad economicista.

Por añadidura, esta supresión se acompaña de una modificación en el procedimiento de despido colectivo, que lo simplifica con llamativas rebajas. Entre otras: la no exigencia de que en el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, o con la comisión designada a esos efectos, se traten las causas motivadores sino sólo los efectos del despido; la eliminación de la obligación de entregar documentos acreditativos de la situación económica de la empresa, reduciéndose la documentación a una memoria explicativa o, fundamentalmente, la no necesidad de acuerdo con los trabajadores. A falta de acuerdo, el empresario adoptará la medida que considere adecuada y simplemente tendrá que comunicarlo a la autoridad laboral.

Valorando en conjunto esta simplificación del procedimiento de despido colectivo podemos ofrecer una respuesta a la pregunta que titula el epígrafe. La propia exposición de motivos ya apuntaba, de hecho, una solución a este interrogante al señalar que existía una tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas como modo de asegurar la autorización de la autoridad laboral pero que ello se hacía a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores por encima de la previstas legalmente para este despido. Así, el Gobierno reconoce que la voluntad empresarial de alcanzar acuerdos con los trabajadores derivaba del temor a la intervención administrativa, lo cual, ciertamente, rompe con el espíritu de negociación y composición de intereses que parecía presidir la institución del periodo de consultas y la intervención

mediadora de la administración. Descalificando la intervención administrativa de carácter compulsivo, al considerarla un mero resorte inflacionario de las indemnizaciones (Molina, 2012), la reforma deja al empresario con las manos libres para proceder al despido colectivo, que recordamos trasciende de los intereses individuales, sin la vigilancia del poder público y sin la necesidad de pactar las indemnizaciones y los términos del despido con los trabajadores.

Tal vez olvida el Gobierno, o tal vez lo computa y no le parece relevante, que esas indemnizaciones elevadas eran fruto de la negociación y por tanto un elemento de "paz social significativo" que elimina la norma. Tampoco parece reconocer la consecuencia más obvia de la regulación impuesta por la vía del RDL, y que, según la dinámica del mercado de trabajo español aparece como evidente: la facilidad de acceso a los despidos colectivos va a convertirlos en una opción más atractiva que la adaptación de mecanismos de flexibilidad interna, sin despido, lo que va a comportar una mayor destrucción de empleo (Falguera, 2012).

Una vez más, la reforma apuesta por abaratar facilitar el despido pasando por encima del objetivo que la misma norma dice perseguir: el fomento del empleo.

c) Ampliando objetivos: el ataque contra el personal laboral al servicio de la administración pública

En la línea de facilitar el despido, el Real Decreto Ley 3/2012 da un paso más, que apunta en la dirección ya señalada de ir reduciendo el ámbito de protección del principio de estabilidad en el empleo, tanto en el plano material como subjetivo, al prever expresamente la posibilidad de aplicar el procedimiento de despido colectivo al personal laboral del sector público.

Las reticencias existentes anteriormente para utilizar esta vía estaban bien fundamentadas. El despido objetivo se basa, como veíamos, en una necesidad de la empresa basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que haga razonable, utilizando los términos tradicionales, acudir al

despido para impedir un empeoramiento de la situación empresarial o producir una mejora de la situación competitiva de la empresa. Estos conceptos son de difícil aplicación en la Administración pública, por lo que esta vía era, por norma general, rechazada por la Autoridad laboral.

Con la reforma, el Gobierno hace caso omiso de estas reticencias, estableciendo que si concurren causas económicas, y esto sucederá cuando se produzca en las Administraciones públicas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente (de nuevo tres trimestres bastarán) para la financiación de los servicios públicos correspondientes, es posible acudir a la figura del despido objetivo, sea individual o colectivo. También cabe ahora este despido, cuando concurren causas técnicas –cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate– o causas organizativas –cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

De esta manera, el Gobierno del Partido Popular abre la vía, en términos considerablemente inciertos, para una "poda a la griega" del empleo público, o lo que es lo mismo, la reducción del déficit de la administración por la vía del ajuste de plantillas (Molina, 2012). Y esta acción provoca a la vez una profundización de la brecha entre funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, diferenciación que hace pocos años se intentó reducir con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público. El objetivo plausible, que se detecta en otros momentos de la reforma, es generar una suerte de lucha de intereses entre los trabajadores, fracturándolos como colectivo, con el discurso dominante de que los derechos de algunos de ellos, como los funcionarios, son en realidad privilegios respecto de los otros. De esta manera, esta ampliación subjetiva del ámbito del despido por causas derivadas de la situación empresarial hacia el terreno de la Administración pública, se da un paso hacia el que puede ser el resultado final querido por el Gobierno, la meta de desestabilizar, incluso

basándose en un supuesto y forzado apoyo social, el último ejemplo de trabajadores estables: los funcionarios.

- d) El beneficio económico por encima de la salud de los trabajadores: ¿control del absentismo o discriminación de los enfermos?

Desde hace unos años el debate sobre el absentismo viene ocupando un lugar destacado entre las cuestiones "a reformar" dentro del ámbito del despido. Pareciera que las empresas, o sus asesores, han redescubierto una vía para despedir (Luján, 2008) y que contrariados por los límites que el Estatuto imponía a la misma, derivados en buena medida por la necesaria protección del derecho a la salud, han venido exigiendo una revisión de su regulación.

La regulación del despido por faltas de asistencia viene de lejos, estando ya presente en la Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 con una redacción que pasó directamente al Estatuto de los Trabajadores de 1980. A pesar de la longevidad de inclusión de esta cuestión en la normativa, en ningún momento se ha incluido una definición de absentismo, más allá de vincularlo con las faltas de asistencia del trabajador, aun justificadas pero intermitentes, y diferenciar entre el absentismo individual y el de la plantilla.

Según la regulación anterior a la reforma del Partido Socialista de 2010, plasmada en la Ley 35/2010, era posible despedir a un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, siempre que se diera un doble requisito: las faltas de asistencia individuales debían alcanzar el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses. Además, el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo debía superar 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo. Con la reforma de 2010, el porcentaje de índice de la plantilla se rebajó del 5 por 100 al 2,5 a efectos de facilitar el uso empresarial de este despido.

No toda falta de asistencia es computable para determinar el índice de absentismo. Como señala el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, no entran en el cómputo ni las debidas a huelga legal, ni las derivadas del ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, de accidente de trabajo, maternidad y paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos o las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género. En definitiva, las computables son las derivadas de una enfermedad común cuya duración no supere los 20 días.

La finalidad de la regulación de este despido siempre ha sido clara, se trata de proteger al empresario frente a los gastos excesivos que le pueden producir aquellos trabajadores con una excesiva morbilidad, esto es, cuyas faltas de asistencia, reiteradas e intermitentes, dañan el adecuado funcionamiento de la empresa. Para valorar si existe o no este daño se establecía el doble rasero, absentismo individual/absentismo de plantilla, a efectos de equiparar los sacrificios entre el empresario, que no tenía que soportar el daño que un índice elevado de absentismo en plantilla pudiera provocarle, y el trabajador, cuyo derecho a no ser despedido por ausencias justificadas sólo se podría ver limitado si sus ausencias provocaban realmente, objetivando según índices globales, un daño excesivo al empresario.

En estos términos, y dado que el despido del trabajador conlleva una indemnización de 20 días por año trabajado, era posible entender que la regulación del absentismo no vulneraba el cumplimiento del artículo 6 del Convenio 158, en el que se establece que "la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo".

Sin embargo, la reforma laboral de 2012 ha invertido los términos del debate, sitúa al trabajador ausente como presunto

culpable de su propia enfermedad y para vincular directamente el despido a las ausencias individuales y quitar así el filtro del índice de absentismo de plantilla. Se afirma en defensa de esta medida que las faltas al trabajo, aun justificadas, son una cuestión *individual* de cada trabajador, que es por tanto punible aun cuando el empresario no esté sufriendo un daño que exija protección, perjuicio que antes se objetivaba con el índice global de absentismo.

Se deja así, una vez más, al trabajador "solo ante el peligro", limitándose a la esfera punitiva, más ventajosa para al empresario, sin intentar atacar el tema del absentismo por otras vías (Molina, 2012). Olvida por tanto el Gobierno que en las situaciones de absentismo confluyen muy diversos factores, contemplados actualmente en la negociación colectiva, como son la permanencia en el puesto de trabajo durante periodos de tiempo largos, las políticas adecuadas de prevención de riesgos laborales, la estabilidad en las condiciones de trabajo y un largo etcétera de cuestiones, ligadas al trabajo digno, estable y de calidad, que en el discurso empresarial aparecen como costes cuya reivindicación ha devenido ya demodé.

2.1.2. La reforma abarata el despido: la reducción de la indemnización y la eliminación de los salarios de tramitación

Tradicionalmente, nuestro Derecho del Trabajo ha configurado dos tipos de despido según la causa que lo fundamentara, el despido disciplinario y el objetivo que analizábamos en epígrafes anteriores. Como es bien sabido, el despido disciplinario requiere un incumplimiento grave y culpable del trabajador, esto es, una justa causa para que el empresario pueda finalizar el contrato. Si el trabajador considerara la causa inexistente e impugnara la decisión empresarial, el despido podría ser considerado improcedente por resolución judicial, lo cual provocaría la obligación del empresario de readmitir o indemnizar al trabajador, reparándole el daño sufrido por la ilegalidad que él mismo ha cometido.

Como supuesto ilícito, el despido sin causa debería ser una excepción, siendo la norma el comportamiento empresarial adecuado a las leyes. Sin embargo, es bien sabido que la excepción se ha convertido en regla general como consecuencia de la política de incentivación del despido sin causa que viene plasmándose desde hace años, bien por la vía de la reducción de la indemnización, con el contrato de fomento del empleo, bien por la vía de la limitación de los supuestos de pago de salarios de tramitación, esto es, los salarios dejados de percibir por el trabajador entre la fecha del despido y la declaración de improcedencia del mismo.

Comenzando por la indemnización, debemos recordar que la rebaja de la cantidad que el empresario le debe al trabajador por despedirle sin justa causa no es una novedad. De hecho, la generalización del despido improcedente indemnizado con 33 días por año trabajado se produjo ya con la reforma de 2010, con la Ley 35/2010, que generalizó la utilización del ahora desaparecido contrato de fomento de la contratación indefinida. La reforma laboral de 2012 da un paso más y sustituye, con carácter total, la tradicional indemnización de 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades por la de 33 días con un máximo de 24.

La segunda vía para abaratar el despido, la eliminación de los salarios de tramitación, también viene de lejos. Como decíamos, estos salarios se definen como la cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que el trabajador hubiera encontrado otro empleo. Según ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo (STS 14 marzo 1995), los salarios de tramitación tienen un carácter indemnizatorio, orientándose a compensar al trabajador por el perjuicio sufrido por el despido y la pérdida de la retribución entre ese momento y el reconocimiento judicial de que la decisión empresarial de despedir había sido ilícita. De esta manera, los salarios de tramitación se han configurado tradicionalmente como la otra pata de la dimensión patrimonial del despido

injustificado y el aspecto reparador del daño que al trabajador provoca el despido más atacado por el discurso que entiende el despido como un instrumento de regulación del mercado de trabajo (Baylos y Pérez Rey, 2009).

La primera piedra en el camino de la supresión de esta cantidad reparadora la puso el Partido Socialista con la reforma de 1994, que permitió al empresario limitar los salarios de tramitación, pagando sólo los relativos a los días transcurridos entre la fecha del despido y la conciliación previa, si en ese acto el empresario reconocía que no tenía causa para despedir y ofrecía la indemnización prevista, que era de 45 días de salario por año trabajado.

Seis años más tarde, el Partido Popular intentó eliminar totalmente los salarios de tramitación con el Real Decreto-Ley 5/2002. Esta reforma fue contestada con una huelga general, que forzó al Gobierno a corregir la medida, recuperando sólo en parte, la figura de los salarios de tramitación. En efecto, la Ley 45/2002 hacía desaparecer parcialmente estas cantidades, reforzando la dimensión extrajudicial del despido al permitir lo que se ha venido conociendo como despido exprés y que en realidad era una ampliación de lo ya comenzado en 1994. Esta vía, vigente hasta la reforma 2012, permitía al empresario evitar el pago de los salarios de tramitación, en los casos en que a él le correspondía la opción entre readmisión e indemnización, mediante el reconocimiento de la improcedencia del despido y la puesta a disposición del trabajador la indemnización.

Esta estructura perseguía un objetivo claro, por un lado desincentivar la reacción judicial del trabajador, dado que el empresario ya había reconocido su ilícito, y por otro incentivar al empresario a realizar despidos sin causa, reduciendo las consecuencias para él y el contenido reparador para el trabajador (Baylos y Pérez Rey, 2009). Con ello, con el despido exprés, se conseguía abaratar el despido, beneficiando el despido descausalizado, lo cual implicaba una grave desatención al principio de causalidad del despido y a su revisión jurisdiccional, que como hemos visto vienen impuestas por el convenio 158 de la OIT.

La reforma de 2012 procede a la generalización de esta fórmula rápida para despedir, recuperando el contenido del Real Decreto Ley 5/2002. Curiosamente, con un ejercicio de cinismo normativo abrumador, la reforma parte de una crítica al despido exprés, establecido por el propio Partido Popular. Se afirma que aunque este despido es beneficioso en términos de rapidez y seguridad económica, no se adecua a un sistema que busque asegurar a los trabajadores la seguridad en el empleo. Por ello, diciendo perseguir este principio, la reforma afirma eliminar la especialidad del despido exprés de manera hartamente curiosa: eliminando con carácter casi total los salarios de tramitación, último bastión de la estabilidad en el empleo, generalizando así el ahorro en costes para los empresarios que permitía el despido exprés pero eliminando con carácter cuasi general el entramado de requisitos que se habían ido construyendo en torno a esta figura (Molina, 2012).

En otras palabras, del dicho al hecho hay un abismo. El contenido de la norma evidencia que lo que el Gobierno persigue, y consigue, es eliminar los salarios de tramitación, considerándolos como un coste añadido e injustificado a la decisión del empresario de librarse del trabajador (sin causa justa).

Con la regulación actual, el trabajador sólo tendrá derecho a los salarios de tramitación en los casos en que el empresario opte por readmitirlo en la empresa tras la declaración judicial de que el despido es improcedente. La repercusión de este cambio es evidente, con esta medida lo que se incentiva no es la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo sino la finalización de la relación laboral, incluso cuando no hay causa para ello, con el mero pago de una indemnización tasada en 33 días de salario por año de servicio y el ahorro de los salarios de tramitación. La norma mantiene, no obstante, estos salarios de tramitación para los representantes de trabajadores, que tienen reconocida la opción entre la indemnización o la readmisión.

Como ha señalado un certero análisis (Molina, 2012), por un lado, esta regulación "carece de cualquier base de racionalidad económica –favor hacia decisiones amparadas en el ajuste

a la realidad económica, productiva o de organización u orden de convivencia en una empresa– y sólo se articula sobre un elemento emocional, por tanto irracional –la confianza empresarial– y de arbitrariedad –el mero cálculo económico o de utilidad favorable a un contratante– pero sin análisis de eficiencia, sólo de rentabilidad" y podríamos añadir que, en todo caso a corto plazo. Por otro lado, con la eliminación los salarios de tramitación lo que el Gobierno del Partido Popular persigue es desincentivar el recurso del trabajador a la valoración judicial de su despido, puesto que a no ser que éste sea considerado nulo, no va a obtener una mayor protección frente a la ilegalidad cometida por el empresario.

Lo señalado en los párrafos precedentes puede sintetizarse como sigue (Falguera, 2012):

- Si el despido se realiza por un incumplimiento grave y culpable del trabajador, causa disciplinaria, y es declarado improcedente, no hay consecuencias para el empresario.
- Si el despido se realiza por idénticas causas y no es procedente, lo que implica que el empresario no ha conseguido acreditar el incumplimiento del trabajador, esto es, no tiene causa para despedir, abonará al trabajador una indemnización de treinta y tres días por año de antigüedad. Esta cantidad equivale a menos de tres cuartas partes que antes y con un tope de prácticamente la mitad que en la redacción anterior y sin salarios de tramitación. Idéntica cantidad se abonará si se alegan causas objetivas y no consiguen demostrarse. Por añadidura, al eliminar los salarios de tramitación no sólo se rebaja la cuantía directa sino también las cotizaciones sociales por estos salarios.
- Si el despido es objetivo y se demuestran las causas, el empresario que tenga menos de 25 trabajadores pagará 12 días por año de antigüedad y el FOGASA los ocho restantes. Si la empresa tiene más de 25 trabajadores, el empresario deberá cubrir la totalidad de 20 días.

Todo ello con una condición, que el trabajador tenga derecho a una indemnización por despido, cosa que pierde por completo con el nuevo "contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores", una denominación edulcorada de lo que, en realidad va a ser el nuevo "contrato único" con despido libre.

2.1.3. La reforma instauro el despido libre: el contrato "indefinido" para emprendedores

El instrumento más pernicioso en términos de ruptura del principio de estabilidad en el empleo es, sin duda, el nuevo "contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores". Este contrato, que se justifica dentro de las medidas para fomentar la contratación indefinida, tiene un rasgo característico fundamental: autoriza el despido libre, sin causa y no indemnizado, durante su primer año de duración.

Con esta curiosa concepción de la promoción del empleo indefinido, el Gobierno del Partido Popular regula una nueva modalidad contractual, procediendo en primer lugar a eliminar el antiguo contrato de fomento de la contratación indefinida, que pierde su sentido al haberse generalizado la indemnización de 33 días. A continuación, la reforma crea este contrato, dirigido a las empresas que tengan menos de 50 trabajadores, el 99,23% de las empresas españolas según reconoce el propio Real Decreto Ley 3/2012. Aun cuando según la norma, este contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, la realidad es bien otra, dado que se establece que en este contrato el periodo de prueba que será, en todo caso, de un año. No se contempla en la norma ninguna regulación del periodo de prueba más allá del establecimiento del límite temporal.

Con la creación de esta modalidad contractual la reforma no sólo desnaturaliza el periodo de prueba sino que crea, de facto, una suerte de contrato único con despido libre y no indemnizado, que se convertirá sin duda en la modalidad más utilizada por una amplia mayoría de las empresas españolas.

- a) Un periodo de prueba que enmascara el despido libre y no indemnizado

El periodo de prueba es una institución orientada al mutuo conocimiento entre las partes de la relación de trabajo. Durante este periodo, se comprueba la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado y su duración se relaciona con la dificultad o cualificación del trabajo a realizar. Por eso, el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores prevé, en defecto de convenio, una mayor duración del periodo de prueba en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión. Dado este objetivo, el periodo de prueba tiene un carácter temporal y provisional, con una duración, por lo general, breve. Además, y de manera coherente con este objetivo, la utilización del periodo de prueba está limitada, puesto que no puede utilizarse cuando el trabajador ya haya desempeñado las mismas funciones en la empresa con anterioridad.

El punto clave del periodo de prueba es que, durante el mismo, empresario y trabajador podrán decidir libremente sobre la continuidad de la relación laboral, en base a la comprobación de la mutua satisfacción. Pero esta libertad para despedir no es un fin en sí mismo, sino que deriva de la verdadera función del periodo de prueba que no es otra, insistimos, que el conocimiento de las partes de una relación de trabajo que, en principio, debería de prolongarse en el tiempo.

La duración del periodo de prueba se establece o bien en los convenios colectivos o, en defecto de éstos, en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores. Él dispone que este periodo no puede exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores, cuando la empresa tenga veinticinco o más trabajadores, o de tres meses, si es menor el número de empleados. La necesidad de limitar la duración de este periodo según parámetros de razonabilidad y proporcionalidad también deriva de la jurisprudencia, habiendo recordado el Tribunal Supremo que el establecimiento de un periodo de prueba excesivamente largo en un convenio colectivo puede encubrir situaciones de fraude de ley, enmascarando

una finalidad no querida por el Estatuto de los Trabajadores al regular el periodo de prueba (STS 20 junio 2011). Estos límites se refuerzan si atendemos a las obligaciones que nos imponen las normas internacionales. El periodo de prueba es una de las excepciones a la obligación de despedir con justa causa que se deriva del Convenio 158 de la OIT, pero sólo si la duración de este periodo ha sido fijada de antemano y es razonable con el objetivo de la prueba.

Teniendo en cuenta este marco, la introducción por la reforma de 2012 de un periodo de prueba de una duración genérica de un año, con una norma de *orden público económico-laboral* y por tanto indisponible para la autonomía colectiva (Molina, 2012) desnaturaliza esta figura, elude de manera desproporcionada la estabilidad en el empleo y por tanto el contenido del artículo 35.1 de la Constitución y es contrario a la normativa internacional.

Es evidente por tanto que la reforma no quería configurar un verdadero periodo de prueba sino enmascarar su verdadera intención, que es instaurar el debatido "contrato único" con despido libre. De nada sirve alegar en su defensa que es sólo por un año y que su ámbito es únicamente el de las empresas de menos de cincuenta trabajadores. En primer lugar, porque muy probablemente ninguno de estos contratos van a tener una duración superior a un año. ¿Qué empresario va a optar por un contrato indefinido ordinario, con indemnización por despido, o por un contrato temporal, que también tiene reconocida la indemnización por finalización, cuando puede optar por un contrato por despido libre y gratuito?. La regulación del contrato no prevé ni tan siquiera límites al encadenamiento del mismo, por lo que parece posible que nos encontremos ante puestos de trabajo permanentemente ocupados por trabajadores contratados por menos de doce meses y despedidos sin indemnización, para volver a ser contratados en idénticas circunstancias.

No obstante, hay varias líneas rojas que, todavía, deben ser tenidas en cuenta. El primero deriva de la propia configuración

del periodo de prueba. El artículo 14.1 del Estatuto impide fijar un período de prueba si el trabajador ya ha desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad contractual. En tanto en cuanto esta prohibición no ha sido contradicha por la reforma de 2012 debe entenderse que en el caso de contratar a un trabajador que entre en este supuesto con un contrato para emprendedores, el periodo de prueba de un año no sería aplicable. Por otro lado, el segundo límite deriva de la propia norma de reforma que prohíbe utilizar este contrato a las empresas que en los seis meses anteriores hubieran "realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial" o hubieran "procedido a un despido colectivo... con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo".

b) El fomento de la precariedad: bonificaciones y descuentos para incentivar el uso del despido libre

Tras la regulación de esta nueva modalidad contractual la norma acomete con entusiasmo su promoción, a costa de reducir el dinero que se ingresa en las arcas públicas. En efecto, la utilización de este contrato conlleva incentivos fiscales cuando se contrate a menores de treinta años o parados que sean beneficiarios de una prestación contributiva de desempleo. En este último caso, la deducción fiscal para la empresa será del 50 por ciento de la prestación pro desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir con el límite de doce mensualidades, siempre que el desempleado la haya percibido durante al menos tres meses. A las deducciones fiscales les acompañan bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, aplicables cuando la contratación afecte a menores de treinta años, mayores de cuarenta y cinco, incrementándose si se trata de mujeres en sectores de baja representación femenina. Para el cobro de estos incentivos, y en un intento de escenificar la

voluntad de promoción del empleo de larga duración, la norma exige que el trabajador haya sido mantenido en el empleo al menos tres años. Además, en esta modalidad contractual los trabajadores podrán compatibilizar el salario que le paga el empresario con el 25 por 100 de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación.

Las críticas que merecen estos incentivos son cuantiosas. Los mismos suponen una transferencia de dinero público hacia el empresario, que no es la única en la norma; imponen una discriminación precisamente del colectivo más precario, los parados sin prestación o los que cobran prestaciones no contributivas, que no ven incentivada su contratación (Casas, Rodríguez-Piñero, Valdés, 2012) y, como colofón, el conjunto de la regulación nos demuestra, una vez más, que la voluntad del Gobierno es imponer al trabajador la carga con los riesgos de la empresa, sin que en ningún caso se prevean medidas similares respecto de los beneficios (Molina, 2012). El principio de ajenidad en los riesgos y frutos, fundamental en el código genético del Derecho del Trabajo, sigue haciendo aguas.

Por otro lado, la compatibilidad entre salario y prestación por desempleo provoca una desnaturalización de la segunda, que no está creada para complementar salarios bajos, demostrando de nuevo claramente la voluntad de provocar una rebaja salarial generalizada que preside la reforma. En efecto, se abre una vía para contrataciones basadas en bajos salarios (Molina, 2012), con la "excusa" de que éstos se compensarán con las prestaciones, esto es, con dinero previamente detraído del salario del trabajador. La paradoja está servida: los trabajadores vamos a pagarnos parte de nuestro propio salario.

En definitiva, con este contrato se instaaura la precariedad y la temporalidad en el un mercado de trabajo que ya tiene una tasa de temporalidad del 24% muy por encima de la media de la UE27, que se sitúa en un 15%. Así, no servirá de nada el adelantamiento en un año –hasta 31 de diciembre de 2012– de la entrada de nuevo en vigor de la regla prohibitiva del encadena-

miento de determinados contratos temporales del art. 15.5. ET. Los contratos temporales ya no son necesarios, basta con este contrato "indefinido" cuya duración queda al arbitrio de la voluntad del empresario.

Así las cosas, la modalidad estrella de la reforma es en realidad un contrato único con despido libre y no indemnizado, mediante el cual "se priva a los trabajadores de su derecho fundamental "a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa", integrante del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE según la jurisprudencia constitucional (STC 22/1981, FJ 8), y limitar significativamente durante ese mismo tiempo el control judicial sobre la decisión resolutoria, y con él el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, como se dijo, la mayor facilidad con que se desenvuelve la voluntad extintiva empresarial durante el período de prueba, libre de causa y de motivación de esa causa, se corresponde con la limitación del control judicial sobre la causa y su motivación, que solo alcanza a las discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales y a las ajenas al propio objeto de la prueba" (Casas, Rodríguez-Piñero, Valdés, 2012).

c) Mirádonos en el espejo francés:

la *Cour d'Appel* ya tumbó el CNE.

El Decreto gubernamental de 2 de agosto de 2005 instauró en Francia un género nuevo de contrato: el contrato "nuevos empleos" (*Contrat nouvelles embauches* o CNE). Se trataba de un contrato de duración indeterminada, con una característica especial, durante los dos primeros años de contrato, periodo llamado de consolidación del empleo, el empresario podía romper el contrato sin ofrecer ninguna explicación.

Desde el momento de su aprobación, esta modalidad contractual estuvo en el centro del debate político, sindical y jurídico. Finalmente, la *Cour d'Appel* de París, en su sentencia de 6 de julio de 2007, consideró que este modelo contractual es contrario a las disposiciones del Convenio N° 158 de la OIT.

Pueden resumirse las características del CNE brevemente, a efectos de destacar las similitudes con el contrato para emprendedores que tratamos en este epígrafe. El ámbito de aplicación del CNE era amplio, podía ser utilizado por empresas que cuenten con un máximo de veinte trabajadores, cumplido este requisito únicamente se encuentran excluidas de su ámbito las empresas públicas, las empresas adaptadas y los centros de trabajo a domicilio así como los empresarios individuales. En cuanto a los trabajadores que podían ser contratados, no se preveía ningún límite, ni de edad ni formación. Durante el "periodo de consolidación", similar al periodo de prueba de nuestro contrato estrella, el empresario podía finalizar la relación laboral sin alegar causa alguna, tan sólo debía notificación de la ruptura, mediante un preaviso con una duración progresiva ligada a la antigüedad en la empresa, (de dos semanas del segundo al sexto mes y de un mes en adelante). Una vez terminado el contrato, el trabajador percibía una indemnización igual a un 8% del monto total de la remuneración bruta recibida desde la conclusión de su contrato y otras pequeñas cantidades con voluntad indemnizatoria.

El 6 de julio de 2007 la *Cour d'Appel* de París estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por una trabajadora en el curso de un proceso contra su empresario en relación, entre otros motivos, a la utilización del CNE. En la sentencia, la *Cour d'Appel* mantuvo que este contrato es contrario a las disposiciones del Convenio N° 158 de la OIT y no es, por tanto, aplicable en el caso concreto. Por ello, según la sentencia, el contrato de la trabajadora debía ser recalificado como un contrato de duración indeterminada, por lo que su ruptura, que no se había realizado cumpliendo con el procedimiento de despido generalmente aplicable a este tipo de contratos, había sido abusiva o, en nuestros términos, improcedente.

Para llegar al mencionado fallo, la *Cour d'Appel* sigue en la sentencia un razonamiento en tres fases: aplicabilidad de la normativa internacional al caso concreto, adecuación del Decreto gubernamental de 2 de agosto de 2005 al Convenio N°

158 de la OIT y delimitación de las excepciones previstas en el mencionada Convenio. El interés de este razonamiento para las posibles argumentaciones jurídicas relativas a nuestro contrato para emprendedores nos llevan a incluir un comentario en profundidad sobre esta sentencia.

Como punto de partida, la Corte sostuvo la plena aplicabilidad de la norma internacional considerando el Convenio 158 de la OIT contiene disposiciones de carácter obligatorio y normativo, con formulación completa y precisa que no necesitan reglas de aplicación, siendo por tanto directamente aplicables en derecho francés, y lo mismo podríamos predicar respecto del derecho español. De esta manera, y en base al principio de primacía del derecho internacional sobre la norma interna, no es necesario que un texto normativo haga referencia a la Convención 158 para que su contenido se vea sujeto al respeto a la misma. Por ello, la ausencia de esta mención en la regulación del CNE no es en ningún caso óbice para la aplicación del Convenio.

Tras recordar la primacía del derecho internacional, la *Cour d'Appel* pasó a examinar la configuración normativa del CNE, en concreto del "periodo de consolidación", que podríamos equiparar con nuestro periodo de prueba de un año. Según la Corte, durante este periodo "se excluyen las reglas relativas al examen por el juez de la regularidad y del carácter real y serio del despido, a la motivación de la carta de despido, a la entrevista previa, al periodo de preaviso, a la notificación del despido, a la indemnización legal del despido y a la indemnización por despido irregular y abusivo", siendo todo ello contrario al derecho internacional y a la propia normativa francesa que establece la exigencia de la justa causa, de la causalidad del despido, para que el empresario pueda extinguir el contrato, así como el respeto a un procedimiento adecuado.

Tras el examen del régimen normativo del CNE respecto del Convenio N° 158 y al comprobar su inadecuación con el mismo, la Corte aborda el tercer pilar de la sentencia, la integración del CNE en alguna de las exenciones al ámbito de apli-

cación del Convenio N° 158, previstas en su art. 2. En particular, el apartado 2.b de este artículo que, como vimos, permite excluir del ámbito de la norma a los trabajadores que se encuentren efectuando un periodo de prueba.

El Decreto gubernamental de 2 de agosto de 2005, que regulaba el CNE, no daba ninguna indicación acerca de la naturaleza de los dos años a lo largo de los cuales es posible evitar la aplicación de las disposiciones del Código de Trabajo, a pesar de ello, la Corte analizó la posibilidad de considerarlos como un periodo de prueba y activar así la excepción del art. 2 del Convenio N° 158. Como ya vimos, la misma requiere como requisito necesario la obligación general de que el periodo excepcional tenga una "duración razonable".

Para valorar si existe esta razonabilidad, la *Cour d'Appel* procedía a realizar un control de la proporcionalidad de la medida, considerando los objetivos del modelo contractual, tal y como han sido definidos por el gobierno, y la magnitud de los derechos de los trabajadores que se limitan. Realizando este examen la Corte afirmó que "... durante un periodo de dos años el contrato " nuevos empleos " priva al trabajador de lo esencial de sus derechos en materia de despido colocándolo en una situación comparable a la existente en un momento anterior a la ley de 13 de julio de 1973 en la cual la carga de la prueba del abuso de la ruptura recaía en el trabajador ; esta regresión es contraria a los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, desarrollados por la jurisprudencia y reconocidos por la ley, priva a los trabajadores de las garantías de ejercicio de su derecho al trabajo; que en la lucha contra el paro, la protección de los trabajadores en el empleo parece ser un medio como mínimo tan pertinente como las facilidades dadas a los empresarios para despedirlos y que es como mínimo paradójico animar la contratación facilitando los despidos". Tras esta afirmación y recordando que ningún país europeo ha aprobado una medida semejante, la *Cour d'Appel* consideró que el periodo de dos años excede de lo razonable y no puede, por tanto, considerarse incluido en la excepción prevista en el art. 2 del

Convenio N° 158 de la OIT. Por todas las razones antedichas y afirmando que el Decreto gubernamental que crea el CNE es contrario al Convenio N° 158, la sentencia impuso la obligatoria recalificación del contrato de la trabajadora, que pasa a ser un contrato de trabajo por tiempo indefinido de derecho común.

Los paralelismos entre este caso y la situación actual tras la entrada en vigor del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores son evidentes. Ante regulaciones similares y referencias normativas comunes, como el Convenio 158 de la OIT, no puede sostenerse el mantenimiento de este contrato, cuyo objetivo es, a todas luces, subvertir el principio de causalidad en el empleo e instaurar el despido libre y no indemnizado.

Aun con la esperanza puesta en reacciones judiciales similares a la francesa, la situación en la que la reforma de 2012 deja el régimen del despido es catastrófica. En resumen, bajo el objetivo declarado de "favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral", la reforma agrupa un conjunto de medidas orientadas a equiparar a los y las trabajadoras tomando como punto de referencia a los más vulnerables y facilitando la precarización de los que gozaban de una situación estable. Para ello, se extiende el "contrato único" con despido libre para las nuevas contrataciones y se facilita el despido, abaratándolo no ya a 33 días sino a 20, para los trabajadores que tuvieran un contrato indefinido.

Una estrategia redonda para la sustitución de trabajadores con garantías de estabilidad por trabajadores sin este derecho, y que se complementa por la vía de la precarización de fórmulas contractuales ya *per se* precarias, como son los contratos de formación y aprendizaje y el tiempo parcial.

3. LA PRECARIZACIÓN DE LOS PRECARIOS

Podemos definir de manera general la precariedad como la inseguridad en el acceso sostenido a los recursos necesarios

para satisfacer las expectativas materiales y emocionales de la gente (Orozco, 2012). Esta situación excede la esfera laboral, si bien ésta es una de sus causas más directas. Como señalábamos en el primer capítulo, la precarización laboral consiste en un aumento de la vulnerabilidad de los trabajadores como consecuencia de las relaciones que definen la continuidad y el control de su trayectoria profesional, tanto en lo que se refiere a la estabilidad del empleo como a la calidad de las condiciones de trabajo.

La temporalidad en el trabajo no es la única causante de la precariedad social pero es uno de sus principales componentes y se ha ido afianzando como un rasgo distintivo de nuestro mercado de trabajo. Durante los últimos años de la década de los setenta y especialmente a lo largo de los ochenta, la figura del contrato indefinido y a jornada completa, esto es de una relación laboral estable y duradera, entra en crisis, afianzándose el nacimiento de realidades atípicas a lo que fueron los presupuestos del Derecho del Trabajo.

Desde entonces, la legislación laboral ha venido regulando estas nuevas formas contractuales, basadas en la temporalidad del vínculo entre los contratantes, cometiendo errores manifiestos que han convertido la temporalidad en un rasgo estructural de nuestro trabajo. El error de partida fue la inicial concepción de la contratación temporal como un instrumento de promoción de empleo. La permisiva legislación dio alas a una práctica empresarial que pronto la entendió como una vía para la reducción de costes laborales y organizativos, convirtiéndose pronto en la vía de contratación típica en España (Valdés, 2007). Los intentos de rectificación realizados desde entonces, algunos los apuntamos en capítulos anteriores, no han conseguido revertir esta tendencia del mercado. De hecho, la tasa de temporalidad del Estado español, de un 24 por ciento en el tercer trimestre de 2011, supera en 10 puntos a la media europea y sólo Polonia se sitúa por encima con un 27 por ciento.

La reforma de 2012 no ha adoptado ninguna medida, más que adelantar a diciembre de 2013 la entrada en vigor de la

regla del art. 15.5 del Estatuto (suspendida por la reforma de 2010 del PSOE) que limita el encadenamiento de contratos temporales. Más allá de esta cuestión, que cae en saco roto al haberse dado carta de naturaleza al contrato único con despido libre que veíamos en el epígrafe anterior, la reforma ataca a la configuración de un contrato temporal en particular, el contrato de formación y aprendizaje, precarizando a los ya precarios jóvenes entre 16 y 30 años.

Junto con la contratación temporal, la otra figura contractual ligada a la precariedad es el trabajo a tiempo parcial. Esta modalidad contractual tiene, sin lugar a dudas, nombre femenino. Su utilización recala fundamentalmente en nosotras, un 76% de las personas ocupadas a tiempo parcial son mujeres, y la gran mayoría lo utiliza como vía para conseguir una conciliación entre la vida personal, familiar y laboral.

La historia del contrato a tiempo parcial es diferente a la señalada respecto de los contratos temporales. El tiempo parcial fue utilizado inicialmente, durante la década de los setenta, como vía de incorporación de mano de obra, mujeres y jóvenes especialmente a un mercado con escasez de ésta. Posteriormente, fue concebido también como instrumento de política demográfica, clave para permitir la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Más tarde, el contrato a tiempo parcial cobró un tercer sentido, permitir al empresario contar con trabajadores con jornada muy flexible, para poder responder a las demandas de los cambios del mercado de bienes y servicios. Por último, el tiempo parcial se ha utilizado también, como la contratación temporal, como un instrumento de fomento del empleo (Valdés, 2007).

La función de conciliación y la de búsqueda de la flexibilidad son, como puede observarse, incompatibles entre ellas. En efecto, utilizar el tiempo parcial como elemento de flexibilidad, que permite al empresario adaptar el tiempo de trabajo de sus empleados a las necesidades de la producción es incompatible con una estrategia personal de la trabajadora o trabajador de conciliar sus responsabilidades familiares con la permanencia

en el mundo del trabajo formal. De hecho, la historia de la evolución de la regulación del trabajo a tiempo parcial evidencia que la función prioritaria, aun cuando no confesada por el legislador, ha sido primar la flexibilidad, la cobertura de las necesidades empresariales, frente a la seguridad, estabilidad y posibilidades de conciliación de los trabajadores (Valdés, 2007). Esta tendencia se ha llevado al extremo con la reforma de 2012, con la que también se aniquila la otra función atribuida al tiempo parcial, que era el fomento del empleo.

A la vista de las modificaciones operadas en ambos contratos, a los que se une el ya comentado contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, es posible afirmar que una vez más, y sin aprender por tanto de los errores del pasado, el Gobierno está utilizando la precariedad, la temporalidad, como vía de fomento del empleo, con las terribles consecuencias que este camino va a tener en términos de aumento de la precarización, de la exclusión y de la hipersegmentación social (Orozco, 2012).

A ambas cuestiones, la precarización de los jóvenes por la vía del contrato de formación y aprendizaje y la destrucción de las posibilidades que el tiempo parcial permitía para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, dedicamos los siguientes epígrafes.

3.1. El contrato para la formación y aprendizaje o el paradigma del contrato basura

El artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores regula dos modalidades de contratación, el contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje y el contrato de trabajo en prácticas. Ambas modalidades añaden al tradicional intercambio de trabajo por remuneración una finalidad específica fundamental: la formación en el desempeño de un trabajo, bien combinando la vertiente teórica y la práctica, a través del aprendizaje de un oficio, bien limitándose al aspecto práctico, por haber obtenido previamente mediante estudios reglados la base teórica. A estos

objetivos *internos* la política legislativa ha añadido, de manera discontinua, una función de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, que a la vista de los resultados (el paro juvenil asciende al 50 por ciento y su tasa de temporalidad es mucho más elevada que la de los mayores de treinta años) ha fracasado estrepitosamente.

En efecto, durante muchos años y desde muy temprano se extendió el error de intentar fomentar el empleo y combatir el paro promoviendo el uso de los contratos temporales. Para esta utilización de la temporalidad como fomento debieron reducirse los niveles de control y tutela de la generalidad de los contratos temporales, incluyendo los formativos. De esta manera, y sobretudo a partir de 1994, el contrato de aprendizaje se popularizó como "contrato basura", con una fórmula que permitía reducir el tiempo de formación hasta un 15%, permitiéndose que se proporcionara la formación en la misma empresa, reduciendo la retribución que podía situarse por debajo del SMI al adecuarse al porcentaje del tiempo trabajado y aumentando la edad de los trabajadores con posibilidad de utilizar este contrato hasta los 25 años.

El contrato para "aprendices" ha sufrido múltiples reformas, muchas afirmaban caminar en un sentido garantista y mejorar la vertiente formativa de los mismos, pero en realidad, el camino seguido ha sido, con algún vaivén, una paulatina ampliación de las posibilidades de utilizar estos contratos para la inserción de los jóvenes en el mercado como mano de obra barata (Molina, 2012). Con la reforma de 2010 renacieron, agravadas, las peores condiciones que marcaba el contrato de inserción, desbordándose la edad máxima y la duración. Sobre esta regulación, el contrato de formación y aprendizaje ha sido empeorado, en términos de dignidad, seguridad y adecuación a sus objetivos, por la reforma de 2012, quedando como sigue.

Según la regulación actual, se trata de un contrato cuyo objetivo declarado es la combinación entre formación teórica y adquisición de práctica a cargo del empresario, sin embargo, su configuración indica claramente que el contrato no persigue

este objetivo. Por un lado, el ámbito subjetivo del contrato se ha ampliado, dado que temporalmente (hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo de un 15%!) podrá utilizarse con personas menores de 30 años siempre que carezcan de cualificación profesional reconocida como suficiente para formalizar un contrato en prácticas. No parece sensato afirmar que la categoría de aprendiz, mano de obra sin cualificación, pueda sostenerse en la actualidad respecto de personas mayores de 21 o, a lo mucho, 24 años.

También se ha ampliado su duración, fijándose ahora directamente en un máximo de tres años, tiempo que también parece desproporcionado atendiendo a las características de la formación teórico/práctica que debe adquirirse con este contrato (Molina, 2012). Pero, por añadidura, esta duración de tres años, no impide que el trabajador vuelva a ser contratado a la finalización de este periodo por un nuevo contrato para la formación y aprendizaje, siempre que, eso sí, desempeñe otra actividad u ocupación con distinta cualificación profesional, incluso dentro de la misma empresa.

Se facilita de esta manera que los trabajadores transiten por el mercado de trabajo, entre los 16 y los 32 años, encadenando esta fórmula contractual para "aprender" muy diversos oficios, lo cual ya es, *per se*, lo contrario a lo que debería entenderse por el derecho a una promoción profesional o a la construcción de una carrera profesional. De hecho, aun cuando en la justificación de la reforma el Gobierno se ha parapetado en un supuesto reforzamiento del derecho a la formación en el trabajo, la configuración de este contrato, que debiera ser el paradigma en este sentido formativo, demuestra que este objetivo no es real.

En efecto, la obligación formativa constituye parte esencial de la naturaleza de esta modalidad contractual. La formación es así un requisito *sine qua non*, cuya ausencia provoca la desnaturalización del contrato y su conversión en contrato por tiempo indefinido. Sin embargo, la reforma aligera la obligación formativa por tres vías: por un lado porque permite que el trabajador reciba esta formación dentro de la misma empresa, cuan-

do antes se remitía obligatoriamente a un centro formativo externo y previamente reconocido para ello por el sistema nacional de empleo; por otro lado porque elimina el plazo máximo de cuatro meses para el inicio de las actividades formativas; y, por último, porque se permite que en el segundo y tercer año el tiempo de formación se reduzca a un 15% de la jornada (la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal). Como parece obvio, la facultad del empresario de proporcionar él mismo la formación en la empresa ahonda en la dificultad de controlar que esta obligación se cumple de manera efectiva. De igual manera, dedicar tan sólo un 15% de la jornada a la formación no parece acorde al objetivo prioritario, al menos declarado, de este contrato.

Todo ello teniendo en cuenta que, este tránsito de hasta 16 años se realizará con una fórmula contractual que es el paradigma de la quiebra del derecho a un salario digno, en tanto en cuanto permite que los trabajadores sean retribuidos por debajo del Salario Mínimo Interprofesional, congelado en 2011 en 641 euros.

Con este conjunto de medidas se demuestra claramente como el objetivo de este contrato ya no es, o no sólo, la formación de los trabajadores jóvenes sino un abaratamiento real y directo de la mano de obra, permitiendo que los menores de 30 años (en realidad de 32) se inserten durante años en el mercado de trabajo encadenando un contrato para la formación tras otro con salario que puede situarse por debajo del SMI. En el mejor de los casos, con una reducción del 15% de la jornada y tomando como referencia los 641 euros el trabajador cobraría 544 euros mensuales.

Queda pues claro que con la reforma se refuerza la conversión del contrato de formación y aprendizaje, ya asentada con la reforma de 2010, en un contrato de inserción para jóvenes, con condiciones hartamente beneficiosas para los empresarios.

3.2. *El contrato de trabajo a tiempo parcial complementado con horas extraordinarias o el fin de la conciliación*

El contrato de trabajo a tiempo parcial se define legalmente como aquel en el cual el trabajador presta servicios durante un tiempo inferior al habitual en la actividad que se trate. En esa menor jornada radica la especialidad del contrato, definida de forma indirecta respecto de la jornada completa que se entiende como habitual.

El contrato a tiempo parcial es una vía de precarización, por cuanto limita tanto los ingresos, disminuidos según la jornada de trabajo, como las estrategias profesionales y la estabilidad individual de cara al futuro. Debe remarcar el especial impacto que el tiempo parcial tiene entre las mujeres, que ocupan un 78,59% de este tipo de contratos.¹³ Del total de trabajadoras a tiempo parcial, un 96,77% utilizan esta modalidad para poder compatibilizar el trabajo remunerado con el cuidado de familiares dependientes, lo cual pone de manifiesto la permanente ausencia de corresponsabilidad en la compartición de cargas familiares.

De manera acorde con las funciones del tiempo parcial, no sólo la de conciliación sino también la del reparto de trabajo, una de las características fundamentales su regulación tradicional es la prohibición de realizar horas extraordinarias. A cambio, trabajador y empresario podían, como compensación a este límite, pactar las llamadas horas complementarias, con un carácter más controlado que las extraordinarias a efectos de evitar que la característica fundamental del trabajo a tiempo parcial, su inferior jornada, y sus funciones históricas (conciliación, reparto de trabajo y promoción de empleo) se vieran desnaturalizadas.

Las horas complementarias, según indica el art. 12.5 del Estatuto de los Trabajadores, son horas adicionales a las ordi-

13. INE, *Encuesta de población activa*, 4º trimestre de 2011.

narias cuya posible realización se pacta en el contrato a tiempo parcial, siempre que éste sea de duración indefinida. Las horas complementarias permiten al empresario una mayor flexibilidad sobre la plantilla, pero dependen de que su realización se pacte por escrito, estableciendo de antemano el número de horas que puede ser requerido por el empresario, número que no puede exceder, si así no lo establece el convenio, del 15 por 100 de las horas ordinarias de trabajo, su distribución y forma de realización vienen pactadas por tanto *ex ante* o bien en el convenio colectivo o bien en el pacto entre empresario y trabajador. Por añadidura, a no ser que otra cosa se establezca en una norma colectiva aplicable, el trabajador debe conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de siete días.

Las horas complementarias son, por tanto una posibilidad de flexibilizar la jornada del trabajador con garantías, mínimas, para que el contrato a tiempo parcial pueda seguir cumpliendo con las funciones que lo justifican. Las horas extraordinarias son un instrumento mucho más dúctil para el empresario, que conlleva una mayor exigencia de disponibilidad horaria para el trabajador, dado que su carácter "voluntario" en una situación de inestabilidad laboral como la actual, deriva en la mayoría de las ocasiones en una potestad empresarial de imposición unilateral. Es más, el régimen flexible y menos regulado de las horas extraordinarias conlleva muchas más posibilidades de prácticas fraudulentas. Por todo ello, tradicionalmente su realización se ha prohibido en el contrato a tiempo parcial, donde sólo se permitían las horas complementarias, más garantistas para el trabajador en términos de estabilidad y posibilidad de conciliación de la vida laboral con la personal y familiar.

La reforma de 2012 ataca a este elemento fundamental del contrato a tiempo parcial, levantando la prohibición del uso de las horas extraordinarias hasta en los contratos a tiempo parcial de carácter temporal. En los contratos a tiempo indefinido, incluso podrán combinarse las horas complementarias con las extraordinarias.

La aplicación de esta medida va a suponer, sin duda, un menor uso de las horas complementarias, que requieren un procedimiento más estricto, y la extensión de la figura de las horas extraordinarias dentro del tiempo parcial, lo cual acabará desnaturalizando este contrato y reduciendo sus funciones tradicionales en una sola: el fomento del empleo. De nuevo se repiten errores del pasado, la precarización del trabajo, la reducción de los derechos a un empleo estable y de calidad y a las posibilidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a cambio de un supuesto fomento de la contratación. El resultado de estas medidas ha sido un mercado de trabajo con más de cinco millones de parados y la segunda tasa de temporalidad más alta de la UE27, nada diferente puede esperarse de medidas similares. Al contrario, en una situación de involución social permanente, de retroceso del Estado del bienestar, donde los cuidados recaen inexorablemente en el esfera privada del hogar y la familia, es más que probable que la desconfiguración del tiempo parcial tenga un efecto inmediato: la salida de las mujeres que necesitan compatibilizar el trabajo remunerado con la atención a los dependientes del mercado laboral.

IV

Conclusiones: combatiendo la involución social

El conjunto de las páginas precedentes se han dedicado a analizar y contextualizar, con un enfoque histórico y dialéctico, una gravísima involución social en cuanto a niveles de dignidad del trabajo, estabilidad y calidad laboral y posibilidades de lucha colectiva de las y los trabajadores. En definitiva, se trata de una involución de nuestro propio modo de vivir, tal y como lo hemos entendido desde hace décadas.

Lo hemos venido señalando, la estrategia ya no tiene máscaras: por un lado se acomete una profunda devaluación salarial, sobre salarios ya *de facto* en involución, por la vía de la amputación de la capacidad colectiva de negociar el precio del trabajo y por tanto de la individualización del trabajador frente al empresario; por otro, se persigue un drástico ajuste de plantillas y la efectiva la sumisión del trabajador, ya precarizado en cuanto a salario y prestaciones sociales, bajo la continua amenaza del despido libre o poco indemnizado, en una situación de desempleo masivo, empeorando además las condiciones laborales de contratos clave para colectivos que requerirían especial atención en su realidad laboral como son los jóvenes y las mujeres.

La reforma laboral impuesta por el Partido Popular es, en sí, un abuso del poder ejecutivo que mediante el RDL 3/2012 socava el principio de estabilidad en el empleo y protagoniza una auténtica refundación de las bases y estructuras que conforman el sistema laboral, otorgando el máximo rango a la voluntad del empresario y multiplicando su capacidad de gestionar unilateralmente la vida del contrato de trabajo.

Con este contenido, es innegable que, en un escenario caracterizado por la asimetría contractual, la desregulación del trabajo asalariado significa la libertad absoluta para la parte económica más fuerte, el empresario. En la práctica, el trabajador aceptará las condiciones impuestas por éste, puesto que se encuentra en una situación de inferioridad y dependencia que impide cualquier negociación de las condiciones contractuales. Desde este punto de vista, puede concluirse que el RDL 3/2012 pone en cuestión el cuadro institucional del Derecho del Trabajo y facilita la sobreexplotación de las y los trabajadores, abriendo el camino a la implantación de condiciones extremadamente duras.

La gravedad de la situación nos ha llevado a aferrarnos a la historia. Volvemos a la historia porque es necesario aprender de ella para no repetir los errores, porque el siglo XX nos demuestra que el Derecho del Trabajo ha sido un instrumento decisivo para humanizar las condiciones laborales de los que, careciendo de medios de producción propios, devienen obligados a vender su fuerza de trabajo para subsistir. Nuestra disciplina, el Derecho del Trabajo, no ha neutralizado, ni pretendía hacerlo, el conflicto entre capital y trabajo que se produce en el capitalismo, pero intentaba en sus orígenes forzar una suerte de pacto y, de hecho, a lo largo de su historia ha mitigado las fracturas sociales removiendo sus efectos más indeseables y contribuyendo a la estabilidad de un sistema que, desde su aparición, ha arruinado la vida de millones de personas. Tanto es así, que puede afirmarse sin la menor duda que la democracia occidental se ha consolidado, entre otros aspectos, porque la legislación social otorgaba a los trabajadores un estatus de ciudadanía capaz de imponerse a las exigencias del mercado, garantizando una existencia civil relativamente soportable a la inmensa mayoría de la población.

Pero este derecho capitalista del trabajo, que no nació de una voluntad tuitiva pero sí al menos de una necesidad de equilibrar, en alguna medida, las relaciones capital-trabajo ha sido sobrepasado en la actualidad por un derecho neoliberal del tra-

bajo que rompe con todo pacto anterior y con los principios constitucionales del Estado social y nos devuelve al dominio del más fuerte

Desatendiendo las lecciones de la historia, al cuestionar la propia esencia del Derecho del Trabajo, el Gobierno del Partido Popular ha cometido un gravísimo error, de concepto y de perspectiva, que ya venía plasmándose en las reformas de 2010 y 2011.

El error conceptual es claro: ya no puede sostenerse que los derechos laborales son el problema del sistema económico, al contrario, debe afirmarse de manera reiterada e insistente que los derechos laborales son una de las vías de solución, históricamente probada, para permitir el funcionamiento y el equilibrio del sistema. La desregulación normativa del mercado de trabajo, la bajada de los salarios, la práctica eliminación del derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo y la apertura de una competencia entre las empresas fundamentada en los costes salariales y sociales sólo va a agravar la situación de desempleo y de emergencia social, sin generar beneficios más que para los pocos que ya detentan la mayoría de privilegios, y que, evidentemente, no son la mayoría del tejido empresarial español.

El error de perspectiva es abrumador, tras la aprobación de la reforma el Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, pronosticó una Huelga General, asumiendo la misma como un coste derivado de la dilapidación de derechos que acababan de acometer. Un coste asumido y calculado, dentro de la lógica de los instrumentos colectivos tradicionales de defensa de los derechos de los trabajadores. No obstante, el alcance de la reforma, de la involución social que la misma, acompañada del resto de medidas que la rodean, va a provocar, sobrepasa con mucho el ámbito de los instrumentos clásicos de reivindicación y protesta.

En efecto, la reforma no sólo afecta a las y los trabajadores de la empresa privada sino que, como hemos señalado, ataca directamente a los trabajadores de la administración pública, que se van a ver afectados por los EREs, afecta a los parados que

no encontrarán trabajo o se verán forzados a aceptar contratos sin mínimas garantías de estabilidad y afecta fundamentalmente a autónomos, pequeños y medianos empresarios. Y esto último lo veremos en el corto plazo, pronto será evidente que la rebaja salarial, los despidos masivos y la precarización afectan profundamente al consumo y con ello a la vida de los autónomos, pequeños y medianos empresarios, que van a sumarse al 99% de damnificados por una reforma innecesaria, injusta y profundamente contraria a los derechos que la Constitución nos reconoce.

Así, parece ya evidente que la ruptura del equilibrio de clase nos lleva necesariamente a una situación de conflicto prolongado, a un clima de conflictividad social difusa que va a situar al poder político frente a amplios espacios de ingobernabilidad, que los comportamientos autoritarios demostrados por el Gobierno del Partido Popular no van a conseguir gestionar.

Las vías de salida de esta involución son muchas, pero todas pasan por una palabra: re-acción. Una reacción en muchos ámbitos, en los movimientos sociales, en los sindicatos, en los partidos políticos anticapitalistas y también, muy especialmente, en el ámbito del Derecho y de los juristas.

Acabamos retomando el espíritu de nuestra *Nota Preliminar*, la idea que animó la redacción de este libro. Ante esta mutación forzada mediante ingeniería jurídica realizada por los poderes económicos y alejada de cualquier síntoma de democracia industrial o representativa, los juristas del trabajo debemos mantener una postura radicalmente contraria y combativa. Ciertamente, no podemos predecir los acontecimientos que deparará el naciente siglo XXI en lo que a relaciones de trabajo se refiere, pero sabemos, o deberíamos saber, que la desregulación del trabajo asalariado erosiona y debilita gravemente, y en nombre del beneficio de sólo unos pocos, las bases de la convivencia en nuestra sociedad. Y ante esta situación, no nos queda otra: re-acción.

Bibliografía¹⁴

- AA. VV. (Dir.: CAMPS RUIZ, L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.) *Derecho del Trabajo*. Addenda 2012. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ALONSO OLEA, M. "La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno", *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- APARICIO TOVAR, J., BAYLOS GRAU, A. *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- APARICIO TOVAR, J., BAYLOS GRAU, A., "Introducción", en AAVV, *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. XI-XXIII.
- ARENAS POSADAS, C., *Historia económica del trabajo: (siglos XIX y XX)*, Tecnos, Madrid, 2003.
- BARCELONA, P., "Los sujetos y las normas, el concepto de Estado Social", en OLIVAS, E., *Problemas de legitimación del Estado Social*, Trotta, Madrid,
- BARBAGELATA, V. H. "El advenimiento del neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del Derecho del Trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1992, núm. 54, pp. 493-504
- BARAN, P. y SWEEZY, P. "Monopoly capital: an essay on the american economic and social order". New York, *Monthly Review*, 1966; pp. 218 y ss (existe traducción castellana: *El capital monopolista: ensayo sobre el orden económico y social de Estados Unidos*. Madrid, Siglo XXI, 1988).
- BAYLOS GRAU, A., "Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N° 15, 1999,
- BAYLOS GRAU, J. A. "Cláusulas de descuelgue", en: *Reforma Laboral y Negociación Colectiva. VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 1995.
- BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo, un modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
- BAYLOS GRAU, A., PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009.
- BILBAO, A., *Obreros y ciudadanos, la desestructuración de la clase obrera*, Trotta, Madrid, 1993.

14. La bibliografía que se incluye en este epígrafe es tan sólo una selección de los textos utilizados por los autores, sin pretensión de exhaustividad y únicamente a modo de referencias básicas para los lectores.

- CANO, E., "La lógica de la precariedad laboral", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Nº13, 1998.
- CAPELLA, J.R., LORENTE, M.A., *El crack del año ocho. La crisis. El futuro*, Trotta, Madrid, 2009.
- CAPELLA, J.R., "La crisis del Estado del Bienestar en la crisis de la civilización", en *Problemas de legitimación del Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 117-188.
- CAPELLA, J. R. Los ciudadanos siervos. Madrid, Trotta, 1993.
- CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PINERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, N.º 5, 2012.
- CASAS BAAMONDE, M.A., "Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", en *Relaciones Laborales*, N.º 19, 1996.
- CASAS BAAMONDE, M. E. "Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el Derecho del Trabajo de la crisis", en: AA. VV. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. I Jornadas de la Facultad de Derecho*. Madrid, Universidad Complutense, 1984.
- CASTELLS, M. *La era de la información: economía, sociedad, cultura. Volumen I, La sociedad red*. Madrid, Alianza Editorial, 2001; pp. 177 y ss.
- COLLIN, F., DHOQUOIS, R., GOUTIERRE, P.H., JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, G., ROUDIL, A., *Le Droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1980.
- COURTIS, C., "Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho" (2006.b)), en COURTIS C. (ed.), *Observar la ley, ensayos sobre metodología de la investigación científica*, Trotta, Madrid, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, J., "Algunas claves de la reforma laboral de 2010", *Temas laborales*, N.º 107, 2010 (Ejemplar dedicado a: Reforma Laboral de 2010), pp. 21-52
- DE CABO, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986
- DE CABO, C., *Teoría Constitucional de la Solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- DE LA VILLA GIL, L.E., "La reforma laboral, intempestiva, transitoria, anodina, nebulosa. Una opinión a vista de pájaro sobre el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *RGDTSS*, N.º 22, 2010.
- DE LA VILLA GIL, L.E., "La función del derecho del trabajo en la situación económica y social contemporánea", *Revista de trabajo*, 1984, N.º 76, pp. 9 y ss.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo. En: AA. VV. *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva (XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva)*. Madrid, MTAS, 2002.

- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.J., "Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma", *Relaciones laborales*, Nº 1, 1997, pp. 205-261.
- FALGUERA, *Jueces para la Democracia*. Información y Debate, 2012
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, (décima edición en castellano, primera edición en francés de 1975), 1996.
- GALBRAITH, J. K. *Historia de la economía*. Barcelona, Editorial Ariel, 2003.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. "Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales", en: AA.VV. (Dir.: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.) *La reforma del mercado de trabajo*. Valladolid, Lex Nova, 2010.
- GARCÍA SERRANO, C.; MALO OCAÑA, M. A.; y PÉREZ INFANTE, J. I. "Dos cuestiones claves de la reforma laboral: despidos y negociación colectiva". *Temas Laborales*, 2010, núm. 107.
- GIUBBONI, S., *Diritti Sociali e Mercato, la dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- GOERLICH PESET, J.M., (2010.b)], ¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?, *Relaciones laborales*, Nº 1, 2010, pp. 1205-1228
- GOERLICH PESET, J.M., (2009.a)], ""Flexiguridad" y estabilidad en el empleo", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 4, 2008, pp. 32-53
- GOERLICH PESET (Dir.), GUAMÁN HERNÁNDEZ (Coord.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011.
- GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo*, Sistema, Madrid, 1997
- HEPPLE, B., *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, MTAS, Madrid, 1994.
- JACOBS, A., "La autonomía colectiva", en HEPPLE, B., *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, MTAS, Madrid, 1986.
- JEAMMAUD, A., "El derecho laboral en la salvaguardia de la dominación capitalista", en MAILLE et al., *La crítica jurídica en Francia*, Ediciones Coyoacán, México, 2008.
- JEAMMAUD, A., "Propuestas para una comprensión materialista del derecho del trabajo", texto de 1982, recogido en la recopilación de MAILLE et al., *La crítica jurídica en Francia*, Ediciones Coyoacán, México, 2008.
- JEAMMAUD, A., "Mercado de trabajo y derecho del trabajo", *Revista de Derecho Social*, Nº39, 2007.
- JEAMMAUD, A., *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Paris, 2005.

- KLEIN, N. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Barcelona, Paidós, 2007; p. 337.
- LYON-CAEN, G., "Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée", *Dr. Ouv.*, 2004.
- LYON-CAEN, G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995
- LYON-CAEN, G., "Les fondements historiques et rationnels du droit du travail", *Dr. Ouv.*, 1951 (recogido en *Dr. Ouv.*, 2004, pp. 52-56).
- MAESTRO BUELGA, G., *La constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002.
- MARTÍN VALVERDE, A., "El Derecho del Trabajo de la crisis en España", *Revista española de derecho del trabajo*, Nº 26, 1986.
- MARTÍN VALVERDE, A., "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en AAVV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.
- MARTÍN VALVERDE, A., "La formación del Derecho del Trabajo en España", en *Legislación social histórica de España, de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid 1987.
- MARTÍN SECO, J. F. *¡La economía estúpida, la economía! (La política económica del socialliberalismo)*. Madrid, Libertarias/Prodhuvi, 1993.
- MARX, K. *El capital. Crítica de la economía política*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992; Libros I, pp. 130 y ss, y III, pp. 57 y ss.
- MOLINA NAVARRETE, C. "De las reformas laborales a un nuevo, e irrecorable, estatuto del trabajo subordinado (Comentario sistemático al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo)". *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2012, núm. 348.
- MOLINA NAVARRETE, C., "Un nuevo acto del "gran teatro" de la reforma laboral 2010: una reforma "para reformar" o de la "galería de los disparates", *Estudios financieros*, Nº. 331, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J. L. *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, Madrid: CES, 1996; p. 19.
- OCDE. *Perspectivas de empleo, 1997*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998.
- Perspectivas de empleo, 2006*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2007.
- Perspectivas de empleo, 2009*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.
- OJEDA AVILÉS, A. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid, La Ley, 2010.
- OJEDA AVILÉS, A., "El final de un principio", en *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- OLIVAS, E., "Desordenes sociales y ajustes constitucionales", en LIMA TORRADO, J. OLIVAS, E., ORTÍZ ARCE DE LA FUENTE, A. (coords.),

- Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, Dilex, Madrid, 2007.
- OLIVAS, E., "Problemas de legitimación del Estado Social", en OLIVAS, E., *Problemas de legitimación del Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991.
 - OROZCO, A., "No es solo un ataque al trabajo, es un ataque a la vida", <http://www.pikaramagazine.com/?p=5339&pfstyle=wp>
 - PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
 - PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Mecanismos legales de descuelgue salarial. En: La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores" en la *Negociación Colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 1997.
 - PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, 2004.
 - POLANYI, K., *La gran transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
 - PRIETO, C., "Trabajo, empleo y sindicalismo", en *Gaceta Sindical*, Nº15, 2010, pp. 109-125.
 - RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. "Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011". *Actualidad Laboral*, 2012, núm. 5.
 - RECIO ANDREU, A., "¿Qué fue de la clase obrera?", *Mientras tanto*, Nº. 93, 2004, pp. 25-43.
 - RECIO ANDREU, A., "Una nota sobre crisis y mercado laboral", *Revista de Economía Crítica*, nº 8, segundo semestre 2009, pp. 138-144.
 - ROMAGNOLI, U., "Divagaciones acerca de la relación entre economía y trabajo", en AAVV, *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.
 - ROMAGNOLI, U., "Carta abierta a los juristas del trabajo. Trabajo y ciudadanía", *Revista de Derecho Social*, 19/2002.
 - ROMAGNOLI, U. "Globalización y Derecho del Trabajo". *Revista de Derecho Social*, 1999, núm. 5.
 - ROMAGNOLI, U., *El Derecho del Trabajo y la Historia*, CES, Madrid, 1997.
 - ROMAGNOLI, U. "La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1992, núm. 1.
 - RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Autonomía y heteronomía en los expedientes de regulación de empleo", *Temas Laborales*, Nº 99/2009.
 - RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, nº 71, 1966.
 - RUESGA BENITO, S. M. "Un escenario de reforma laboral en España:

- modernización de la negociación colectiva". *Principios: estudios de economía política*, 2010, núm. 17.
- RUIZ RESA, J.D., *Trabajo y franquismo*, Comares, Granada, 1999.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Prólogo: pre e intrahistoria del ET", *REDT*, N°100, 2000, pp.19 y ss.
- SALA FRANCO, T., "El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo", en AAVV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político, I Coloquio de Jaca*, Anuario del Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1977.
- SALA FRANCO, T., "Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo", *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, n° 0, 1974.
- SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A., "La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia", *Actualidad Laboral*, N°8, 2009.
- SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEDRAJAS MORENO, A. *Los acuerdos o pactos de empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- SANABRIA MARTÍN, A. *La naturaleza salarial del ajuste*. En: AA. VV. *Ajuste y salario. Las consecuencias del neoliberalismo en América Latina y Estados Unidos*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2009.
- SAPIR, J. *El nuevo siglo XXI. Del siglo americano al retorno de las naciones*. Barcelona, El Viejo Topo, 2008; p. 86.
- SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.
- SEMPERE NAVARRO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *Claves de la Reforma Laboral de 2012* (Estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero). Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.
- SERNA y MARAGALL, "Impugnación judicial de los despidos colectivos en el RDL 3/2012: ¿cual debe ser el alcance del control judicial de la causa?" *Jurisdicción Social*, Revista on line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia, N° 117, Febrero 2012.
- SOTELO, I., *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010.
- SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, Quadriga, PUF, 2002
- SINZHEIMER, H. *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1984; pp. 69 y ss
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J. *La flexiseguridad laboral en España*. Madrid, Fundación Alternativas, 2010
- VALDÉS DAL-RÉ, F., "25 años de precariedad en la contratación laboral", *Relaciones laborales*, N° 23, 2010.
- VALDÉS DAL-RE, F., "El Derecho del Trabajo en la Segunda República", en ARÓSTEGUI, J., (ed.), *La República de los Trabajadores. La Segunda*

- República y el mundo del trabajo*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F, "El modelo español de la negociación colectiva", en PÉREZ DE LOS COBOS, F, GOERLICH PESET, J.M., (Coord.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - VALDÉS DAL-RÉ, F, (2005.a)], "Veinticinco años de vigencia y de cambios", en *El Estatuto de los Trabajadores. Edición conmemorativa del 25 aniversario*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2005.
 - VALDÉS DAL-RÉ, F, "Transformaciones del derecho del trabajo y orden económico globalizado", *Revista andaluza de relaciones laborales*, Nº 12, 2003.
 - VALDÉS DAL-RÉ, F, "Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva", *RPS*, Nº 137, 1983
 - VALDÉS DAL-RÉ, F, "Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº. 55, 1979.
 - VALDÉS DAL-RÉ, F, "La negociación colectiva en la Constitución", *RPS*, Nº 121, 1979.
 - VALDÉS DAL-RÉ, F, LAHERA FORTEZA, J., *La precariedad laboral en España, por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para la convergencia con el ordenamiento comunitario*, Comares, Granada, 2004.
 - WEBB, S., WEBB, B., *Historia del sindicalismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

Vicenç Navarro, Juan Torres y Alberto Garzón
Hay alternativas

Daniel Bensaïd
La sonrisa del fantasma

Roberto Viciano et al
Por una asamblea constituyente

Harold Laski
Los peligros de la obediencia

Jeremy Bentham
En defensa de la usura

Marcos Roitman
Democracia sin demócratas, y otras invenciones

Michael Oakeshott
La actitud conservadora

Paul Barry Clarke
Ser ciudadano, conciencia y praxis

Georg Simmel
El pobre

Slavoj Žižek
En defensa de la intolerancia

Karl Marx
Las crisis del capitalismo

Andrés Bilbao
Individuo y orden social

Jonathan Swift
El arte de la mentira política

Juan Torres y Alberto Garzón
La crisis de las hipotecas basura

Georg Simmel
El conflicto, sociología del antagonismo

Werner Sombart
Lujo y capitalismo

